

RETTSØKONOMISKE RESONNEMENT I HØYESTERETTSDOMMER OM KONTRAKTSRETT

Kandidatnummer: 574

Veileder: Erling Eide

Leveringsfrist 25. april 2008

Til sammen 17967 ord

23.03.2009

Sammendrag

Denne avhandlingen er skrevet som en 30 studiepoengs spesialoppgave ved det Juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo våren 2008. Formålet med avhandlingen er å drøfte Høyesteretts bruk av rettsøkonomiske resonnementer om kontraktsrett.

Fra et samfunnsøkonomisk perspektiv er det funnet at det er ønskelig å gå lenger i å konstatere at en avtale er inngått enn det partene selv ofte ønsker. Det er også samfunnsøkonomisk effektivt at avtaler sikres. Flere avgjørelser i Høyesterett viser at retten har gått langt både i å konstatere at avtaler er inngått og å sikre at avtaler holdes, dvs at avgjørelsene stemmer med det et rettsøkonomisk resonnement ville ha ført til. Når det gjelder avtalerevisjon har Høyesterett i tråd med lovgivningen svært sjelden støttet revisjon av avtaler, med mindre avtalen selv ikke åpner for det. Ved enkle nyttekostnadsberegninger kunne kanskje de samfunnsøkonomiske virkningene i slike tilfeller vært med på å belyse reelle hensyn nærmere og dermed bidra til et bedre beslutningsgrunnlag for Høyesterett.

Også ved oppfyllelesssvikt er det funnet at Høyesteretts dommer generelt sett stemmer med det rettsøkonomiske analyser ville ha ledet til. Selv om det gjelder en hovedregel i norsk rett om naturaloppfyllelse, har praksis fra Høyesterett vist at erstatning av den positive kontraktsinteressen i realiteten er den viktigste regelen. Dette anses som rettsøkonomisk riktig ved at transaksjonskostnadene ved avtaleinngåelsen senkes, selv om Høyesterett på denne måten kanskje har utviklet rettstilstanden mer enn lovgiver hadde tenkt.

I tidligere juridisk rettsøkonomisk teori utviklet i forbindelse med ”Støvlethældommen”, (2006) er det vist at avgjørelser som inkluderer opplysningsplikt, ofte vil føre til at begge parter enten får det bedre eller at begge får det dårligere, og altså ikke at den ene får det bedre på den andres bekostning. Denne teorien er bekreftet i denne avhandlingen i flere undersøkte dommer, eksempelvis i ”Mobiltelefondommen” (2007), i ”Takstmannsdommen” (2001) og i ”Lysfjordbrodommen” (2007). En nyansering av rettsøkonomiske forhold anbefales derfor i Høyesteretts avgjørelser i kontraktsretten.

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens tema og bakgrunnen for problemstillingen	1
1.2	Kort om rettsøkonomi	3
1.3	Oppgavens oppbygging	4
1.4	Avgrensning	5
1.5	Rettskildene og rettskildesituasjonen i kontraktsretten	5
1.6	Sentrale rettsøkonomiske begreper	7
1.6.1	Samfunnsøkonomisk effektivitet	7
1.6.2	Transaksjonskostnader og rådighetsfordeling.	8
1.6.3	Rettslig rådighet	9
1.6.4	Positiv- og negativ kontraktsinteresse	9
<u>2</u>	<u>RETTSØKONOMISKE RESONNEMENT - AVTALESLUTNING OG AVTALEREVISJON</u>	<u>10</u>
2.1	Mekanismen for avtaleslutningen og rettsøkonomiske resonnement	10
2.2	Ugyldige viljeserklæringer (tilblivelsesmangler) og rettsøkonomiske resonnement	17
2.3	Innholdsmangler, ugyldighetsvirkninger og rettsøkonomiske resonnement	24
2.3.1	Innholdsmangler og ugyldighet	24
2.3.2	Bortfall av avtale ved oppsigelse, avbestilling, preklusjon og foreldelse	26
2.4	Kontraktsrevisjon og rettsøkonomiske resonnement	31
2.4.1	Kontraktsrevisjon; bortfall og endringer ved uventede forhold	31
2.4.2	Bristende forutsetninger, force majeure og urimelighet	34
		III

<u>3</u>	<u>RETTSØKONOMISKE RESONNEMENT VED OPPFYLLELSESSVIKT</u>	<u>39</u>
3.1	Rettstilstanden og rettsøkonomi	39
3.2	Kreditormora og rettsøkonomiske resonnement	42
3.2.1	Oppfyllelsssvikt fra kreditor	42
3.3	Kontraktsbrudd/mislighold og rettsøkonomiske resonnement	45
3.3.1	Oppfyllelsssvikt fra debitor	45
3.3.2	Mangler og forsinkelser som vilkår for misligholdsbeføyelser	47
3.3.3	Misligholdsbeføyelser	54
3.3.4	Dom for naturaloppfyllelse	56
3.3.5	Heving og erstatning	61
3.3.6	Avhjelp, prisavslag og reforhandling, detensjonsrett og misligholdsavtaler	64
<u>4</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>65</u>
<u>5</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>66</u>
5.1	Litteratur, lærebøker og artikler	66
5.2	Lover og forarbeider	66
5.3	Domsregister	67

1 INNLEDNING

1.1 Oppgavens tema og bakgrunnen for problemstillingen

Sammen med blant annet rettssikkerhet, personlig frihet, trygghet og rettferdig fordeling av knappe ressurser er samfunnsøkonomisk effektivitet en viktig målsetting i moderne velferdssamfunn. Uten en effektiv bruk av samfunnets ressurser vil en få mindre overskudd enn optimalt og dermed mindre å fordele. Grunnleggende forutsetninger for effektive samfunn har i den vestlige verden vært den private autonomi, kontraktsfriheten og næringsfriheten. Den private autonomi innebærer at det en selv har ervervet gjennom arbeid, råder en selv fritt over. Kontraktsfriheten fører til at en ved avtale kan avtale hva en vil, eksempelvis bytte overskuddet av egeninnsats med andre goder. Foruten å være viktig for den enkelte har avtalen som instrumentet også vært sentral i videreutviklingen av den økonomiske ordningen i velferdssamfunn gjennom etableringen av ulike former for økonomiske sammenslutninger. Friheten til å etablere ulike selskapstyper, etableringsfrihet og næringsfriheten, har vært nødvendig for å kunne klare store økonomisk løft.

Sentralt for samfunnsøkonomisk effektivitet er altså avtale- instrumentet. Ønskes samfunnsøkonomisk effektivitet blir det derfor viktig at samfunnet beskytter og effektiviserer avtale- instituttet som sådan. Det gjelder både selve avtaleslutningen, ved spørsmål om gyldighet av avtaler, samt ved ulike måter å håndheve avtalen ved avtalebrudd. At avtalen anses som svært viktig innen formuesretten, vises ved at den tidlig var lovfestet, jfr NL-5-1-1, der det heter, ”En hver er pliktig at efterkomme hvis hand med Mund, Haand og Segl lovet og ingaaet haver”¹.

¹ NL 5-1-1

Effektivitet er i faget samfunnsøkonomi i utgangspunktet basert på en modell om et fullkomment marked med tilbud og etterspørsel. Ved likevekt mellom tilbud og etterspørsel oppnås maksimalt samfunnsøkonomiske overskudd. Modellen er imidlertid basert på visse forenklinger eller forutsetningene, som eksempelvis rasjonelle aktører, fravær av svik, ingen risiko, ingen transaksjonskostnader ved avtaleinngåelse, etc. Både fordi forutsetningene i modellen ikke alltid slår til og fordi modellen kan føre til uønskede eller ikke forutsatte virkninger, som eksempelvis uheldig fordeling av overskudd, eksterne virkninger utenfor kontraktspartenes rådighet som arbeidsledighet, forurensning etc, er det ikke alltid like enkelt å lage rettsregler som sikrer samfunnsøkonomisk effektivitet. Lovgiver har av denne grunn tradisjonelt vært forsiktig med å lovfeste generelle regler i kontraktsretten. I motivene til avtaleloven, jfr Ot.prp. nr. 63 (1917) sies det således om regler i obligasjonsrettens alminnelige del at de ”ikke for tiden egner seg til at lovfæstes. De er nemlig for den største del av saa abstrakt natur at de er lite skikket til å uttales i lovs form, og bør derfor heller overlates til videre utvikling gjennom retsvidenskap og retspraksis”². Både i avtaleloven av 1918³, og i senere lover om blant annet kjøp⁴, er det imidlertid lovfestet en del regler på kontraktrettens område. Lovgiver har tradisjonelt vært forsiktig med å lovregulere kontraktsretten. Det kan derfor se ut til at det har vært større rom for Høyesterett på kontraktsrettens område enn ellers. For øvrig nevnes det at det på Institutt for Privatrekt ved UiO har vært arbeidet systematisk med juridisk teori om kontraktsrett innen faget rettsøkonomi. Det er således i de siste 4-5 årene utgitt en rekke artikler og flere Master- oppgaver innen emnet.

Det er i dette lys en i denne oppgaven ønsker å analysere og vurdere hvordan Høyesteretts avgjørelser stemmer med samfunnsøkonomisk eller rettsøkonomisk tenkning. Der

² Ot.prp. nr. 63

³ Avtaleloven

⁴ Kjøpsloven

Høyesterett unntaksvis har brukt samfunnsøkonomiske resonnementer eksplisitt vil disse også bli drøftet nærmere.

1.2 Kort om rettsøkonomi

Rettsøkonomien er en rettsvitenskap som benytter samfunnsøkonomiske metoder på retten. Rettsvitenskapen søker å forklare rettsreglenes innhold og tilblivelse. I tillegg kan den rettsøkonomiske metoden brukes til å analysere og vurdere virkningene av rettsregler. Målet i rettsøkonomien er å drøfte rettslige reguleringer med hensyn på effektiv ressursutnyttelse. Dessuten drøftes fordelingsvirkninger av forskjellige tiltak og regler. Metodisk benyttes samfunnsøkonomisk metodikk som markedsteori, der frikonkurransemodellen er sentral, og velferdsteori. I henhold til velferdsteorien kan en samfunnsøkonomisk effektiv resursutnyttelse oppnås gjennom frikonkurranse. Dette innebærer en "Pareto- effektiv" løsning, dvs en situasjon der ingen får det bedre uten at noen får det verre. Selve kriteriet er i utgangspunktet altomfattende. Dersom en velger å se bort fra eksempelvis transaksjonskostnader, vil frikonkurranseforutsetningen være Pareto effektiv⁵. Gjennom det såkalte Kaldor Hicks kriteriet er disse ulempene forsøkt redusert ved å se på en endring i et større perspektiv. Dersom fordelene ved tiltaket er så store at de kan kompensere for ulempene på tapernes hender, og at minst en kan få det bedre, skal allikevel tiltaket gjennomføres⁶. En videreutvikling av denne tenkningen er nytte-kostnadsanalysen. Tankegangen er at fortjeneste og tap vil utjevnes over tid; en vinner en gang og en annen vinner en annen gang.

En videre utfordring ved frikonkurransemodellen er transaksjonskostnadene ved avtaler samt fordelingsvirkningene av overskudd. Etter Coase- teoremet vil partene uavhengig av

⁵ Eide (2005) s.58

⁶ Eide (2005) s. 69

den rettslige fordeling av rådigheten gjennom samarbeid frembringe Pareto- effektivitet, dersom rettigheter er veldefinerte og transaksjonskostnadene ved avtaleinngåelse er null⁷. En videreutvikling av teoremet og konsekvens av velferdsteorien er at lovgiver og domstol i utgangspunktet har særlig to metoder for å oppnå effektivitet. For det første kan de bidra til å redusere transaksjonskostnadene slik at disse blir lavere enn samarbeidsoverskuddet. Videre kan de bidra til å overføre rådighet fra den som verdsetter den minst til den som verdsetter den mest.

1.3 Oppgavens oppbygging

Grunnlaget for Høyesteretts virksomhet er i utgangspunktet lovteksten. Det er derfor nødvendig å se noe nærmere på hvordan lovgiver har lovfestet samfunnsøkonomiske hensyn på kontraktsrettens område. Det er således redegjort for lovgivningen innen hvert av de undersøkte områdene i et rettsøkonomisk perspektiv før en analyserer og vurderer hvordan Høyesterett har brukt argumenter fra denne rettskildefaktoren og andre faktorer i sine konkrete avgjørelser. Foruten lovteksten og lovmotivene, avtalen, kontraktsedvaner og juridisk teori, er det særlig ved reelle hensyn at det forventes at Høyesterett eventuelt kan ha vektlagt samfunnsøkonomiske hensyn som virkninger i sine avgjørelser for å oppnå en god rettsregel og et best mulig resultat. Med lovgivning menes her ikke bare selve lovteksten, men hele lovgivningsprosessen med forarbeider, lov- behandling i Stortinget og senere utvikling.

Oppgaven er i utgangspunktet todelt i en del om Høyesteretts rettsøkonomiske resonnement i avgjørelser om avtalerett, (kontraktsrett I) og i en del om avgjørelser i obligasjonsretten, (kontraktsrett II). Metodisk har en brukt Lovdatas søkerordning aktivt med søkerord og kombinasjoner av søkerord for å finne relevante Høyesterettsdommer.

⁷ Eide (2005) s. 79

1.4 Avgrensning

Som kontraktsrett har en tradisjonelt tenkt på avtalerett og obligasjonsrett. Derimot har pengekravsrett vært skilt ut som et eget rettsområde innen formuesretten. Systematisk hører kontraktsretten til privatretten. Det vil si at offentlig-rettslige forhold ikke inngår i kontraktsretten, som eksempelvis skatterett, forvaltningsrett, trygd-, sosial- og helserett, prosessrett, etc. Heller ikke er den generelle erstatningsretten utenfor avtaleforhold ansett å være en del av kontraktsretten.

En kan tenke seg kontraktsretten videre avgrenset mot forsikringsrett, næringsrett, ekspropriasjonsrett, tingsrett, panterett og annen sikkerhetsstilling samt konkursrett. Dette er imidlertid rettsområder nær opptil kontraktsretten der det kan tenkes at rettsøkonomiske hensyn spiller en rolle. En vil derfor ikke generelt utestenge slike rettsområder, selv om en kanskje kan si at disse rettsområdene er litt i utkanten av oppgaven.

Kontraktsretten har en grense mot spesiell strafferett ved formuesforbrytelsene, eksempelvis underslag. Disse rettsreglene har som formål å hindre de mer grove rettsbrudd på formuesrettens område og er ikke nødvendigvis knyttet til kontraktsinngåelse og mislighold av kontrakter. I et rettsøkonomisk perspektiv vil rettsreglene trolig virke som en trussel som styrker avtaleinstituttet, selv om reglene setter grenser for kontraktsfriheten.

1.5 Rettskildene og rettskildesituasjonen i kontraktsretten

Selve kontrakten er viktig som grunnlag for å bestemme skyldforhold mellom private parter i kontraktsretten. Ved tvister vil tolkning av kontrakter ofte være avgjørende.

Tolkning av kontrakter gjøres imidlertid på en litt annen måte enn for eksempel tolkning av

lover og rettspraksis. Partenes felles forståelse ved kontraktsinngåelsen er således ansett som vesentlig ved avtaletolkning. På denne måten kan en si at rettsanvendere står friere når rettsforhold skal fastsettes i kontraktsretten enn i den offentlige rett, der legalitetsprinsippet setter betydelige skranker. I utgangspunktet er det altså rom for Høyesteretts bruk av rettsøkonomiske resonnement i kontraktsretten både ved lovtolkningen ved bruk av lovmotiver og formål, ved avtaletolkningen og ved reelle hensyn for å komme frem til et best mulig resultat i det enkelte tilfelle.

De mest sentrale lovfestede rettskildene i kontraktsretten er avtaleloven og kjøpsloven. Dette er generelle lover som forsøker å trekke opp generelle regler innenfor kontraktsretten. Reglene er imidlertid nyansert på en rekke spesialfelter der en har sett behov for egne sett av regler. De viktigste spesielle lovene her er forbrukerkjøpsloven, avhendingsloven, bustadoppføringsloven, husleieloven og lov om håndverkertjenester. Disse lovene kan på mange måter sies å ha kjøpsloven som "forbilde" i den forstand at hovedreglene er de samme.

Det finnes en relativt omfattende rettspraksis på kontraktsrettens område selv om deler av denne er relativt gammel. Kutymer, sedvaner og god forretningsskikk er relevant som rettskilde i kontraktsretten, eksempelvis ved tolkning av hva som er urimelig eller være i strid med god forretningsskikk etter avtl. § 36.

UNIDROIT er en internasjonal organisasjon som opprinnelig ble dannet under folkeforbundet og har som mål å harmonisere privatretten, særlig med henblikk på anbefalte løsninger i internasjonal handels- og forretningsliv innen kontraktsrett. EØS-loven/avtalen er også relevant for rettsøkonomiske vurderinger, særlig gjennom reglene om de fire friheter.

Reelle hensyn er en rettskildefaktor som er en form for verdistandpunkt om rettferdighet, formålsoppnåelse, samfunnsnytte og ønsket om et generelt godt individuelt resultat i den enkelte avgjørelse. Innen kontraktsretten er reelle hensyn dels autorisert gjennom lovgivningen, eksempelvis i avtl. §33 som redelighet og god tro og i avtl. §36 om rimelighet. Også reelle hensyn som ikke er autorisert gjennom lovverket vektlegges i kontraktsretten. Eksempelvis nevnes prinsippene om lojalitetsplikt og kontraktsfrihet i kontraktsforhold.

Når det gjelder juridisk teori finnes rettsøkonomisk litteratur om kontraktsrett i Norge i begrenset omfang.

1.6 Sentrale rettsøkonomiske begreper

1.6.1 Samfunnsøkonomisk effektivitet

Bedriftsøkonomisk effektivitet innebærer at avtaler ikke vil bli inngått dersom bedriften ikke har en forventning om en fortjeneste ved å inngå avtalen. I samfunnsøkonomisk perspektiv er effektivitet definert litt annerledes. Den samfunnsøkonomiske effektiviteten er summen av produsent- og konsumentoverskudd. Så lenge denne summen er positiv vil det være samfunnsøkonomisk effektivt at avtaler inngås. Det betyr at dersom en av partene i avtalen har en negativ fortjeneste og den andre har en positiv, vil avtalen være effektiv dersom fortjenesten for den ene er større enn tapet for den andre. Fordelingen av overskuddet er derfor ikke viktig ved bedømmelsen av om en løsning er samfunnsøkonomisk effektiv. Derimot vil fordelingshensyn kunne medføre at samfunnsøkonomisk effektivitet må vike.

1.6.2 Transaksjonskostnader og rådighetsfordeling.

Der transaksjonskostnadene er store kan dette føre til at enkelte avtaler, som for så vidt er samfunnsøkonomisk lønnsomme, ikke vil bli inngått. Lovgiver og andre bør derfor bidra til å redusere transaksjonskostnadene. Samarbeidsoverskuddet ved en eventuell avtale må være større enn transaksjonskostnadene ved avtalen. I tråd med dette sier Coase i sin sterke versjon av sitt teorem at dersom rettigheter er veldefinerte og transaksjonskostnadene er null, vil partene uavhengig av den rettslige fordelingen av rådighet, gjennom samarbeid frembringe et Pareto- effektivt resultat. Interessant er det at Coase i sin svake versjon av teoremet sier at hvis transaksjonskostnadene er så høye at de forhindrer forhandlinger, vil ressursutnyttelsen allikevel bli Pareto- effektiv hvis den rettslige allokeringen av rådigheter initialt er lik den som forhandlinger uten transaksjoner ville ha ledet til, men ikke ellers⁸. En tenker seg altså en idealsituasjon uten transaksjonskostnader. Følgen da blir jo at rådigheten omfordeles gjennom avtaler med effektiv ressursutnyttelse som resultat. En videreføring av Coase sin tankegang av flere forfattere ble oppsummert av Hobbes i hans betingede, normative teorem; hvis man ønsker effektivitet, bør rettsreglene fordele rettigheter til dem som verdsetter dem høyest⁹. Teoremet er på en måte en pessimistisk holdning til de resultatene borgerne selv kan frembringe.

Omfordeling av rådigheter kan skje via lovgivning der en av partene får den rettslige rådigheten eller ved å overføre rådigheten til en offentlig myndighet. Den første metoden innebærer eksempelvis at en part må ha en bevilling eller autorisasjon for å kunne utføre et yrke. Den andre parten vil da få mindre kostnader for å sjekke om kontraktspartneren er tilstrekkelig kvalifisert. Ved overføring av rådigheten til en offentlig myndighet vil behovet for avtale og dermed transaksjonskostnadene bli fjernet. Etablering av politiet vil f. eks hindre avtaleinngåelse om borgervern.

⁸ Eide (2005) s. 84

⁹ Eide (2005) s. 85

1.6.3 Rettslig rådighet

Med rettslig rådighet menes evne til å forføye over en gjenstand eller rett, uten at disponeringen fører til rettslige sanksjoner, eks eiendomsrett, bruksrett, ansvar for transportert gods, panterett, etc.

1.6.4 Positiv- og negativ kontraktsinteresse

Med positiv kontraktsinteresse forstås den økonomiske interesse en fordringshaver har i at hans fordring blir oppfylt etter avtalen. Den negative kontraktsinteresse er det tap en kontraktspart lider ved feilaktig å regne med at det foreligger en gyldig avtale. Hvis debitor forsettlig eller uaktsomt har gitt kreditor grunn til å tro at en slik gyldig avtale foreligger, blir debitor normalt forpliktet til å erstatte kreditor for den negative kontraktsinteressen, dvs de utgifter kreditor har pådratt seg for å få kontrakt i stand. En kan på en måte se på den negative kontraktsinteressen som transaksjonskostnadene ved å inngå avtale.

2 RETTSØKONOMISKE RESONNEMENT - AVTALESLUTNING OG AVTALEREVISJON

2.1 Mekanismen for avtaleslutningen og rettsøkonomiske resonnement

Avtalelovens første kapittel ”Om slutning av avtaler” omhandler avtaleslutningen og anses i forarbeidene motiver å ha ”overordentlig stor praktisk betydning, idet der særdeles ofte oppstår tvist om en avtale er sluttet eller ikke”¹⁰. Ved lovfestingen av enkelte av de kutymene som har utviklet seg ønsket en i forarbeidene å redusere tvister i forbindelse med avtaleslutningen. I lovens § 1 gjøres imidlertid slutningsreglene deklarasjonelle, dvs at andre slutningsregler kan avtales samt at også slutningsregler som følger av handelsbruk eller annen sedvane ikke helt utelukkes¹¹. Videre i kapitlet er forholdene forsøkt lagt til rette for at avtale skal kunne inngås gjennom praktiske og relativt enkle regler som bygger på tilbud og aksept. Dette er i tråd med prinsippet om kontraktsfrihet. Lovfestingen av avtalemekanismen vil føre til at transaksjonskostnadene generelt sett vil reduseres og dermed at avtaler som er samfunnsøkonomiske lettere kan inngås.

Spesielt interessant i så måte er §9. En oppfordring til å gi tilbud, fører til at det tilhørende tilbud blir å anse som akseptert, dersom den som kom med oppfordringen, ikke uten ugrunnet opphold har meddelt at han ikke aksepterer tilbudet. Ellers anses tilbudet som akseptert. Det å be om tilbud kan imidlertid i visse sammenhenger koste store summer for tilbyder. Spørsmålet i en rettsøkonomisk sammenheng er derfor om tilbudsmekanismen er god nok for tilbyder på sikt. Forespørrer blir jo enkelt fri dersom han uten ugrunnet opphold meddeler at han ikke aksepterer tilbudet. I første omgang kan det se ut til at avtalemekanismen fører til mange tilbud. På sikt kan den kanskje heller føre til at potensielle tilbydere vil kvie seg for å gi tilbud, pga store tilbudskostnader. Eksempelvis kan tilbudskostnadene ved å lage olje- plattformer komme opp i flere titalls millioner

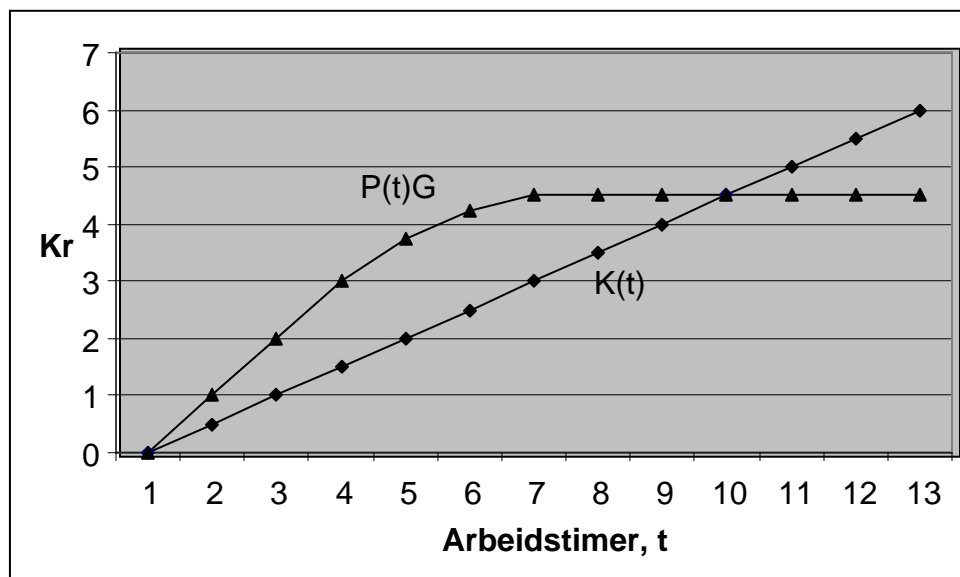
¹⁰ Ot. prp. Nr. 63(1917) s. 17

¹¹ Avtaleloven §1

kroner. Det er derfor interessant å se nøyer om det har foregått en rettsutvikling på dette området i Høyesterettspraksis.

For å kunne analysere og drøfte Høyesteretts resonnement er det først nødvendig å etablere en rettsøkonomisk modell for avtaleinngåelsen.

I figur 1 er det vist en rettsøkonomisk modell for avtaleinngåelse for private.

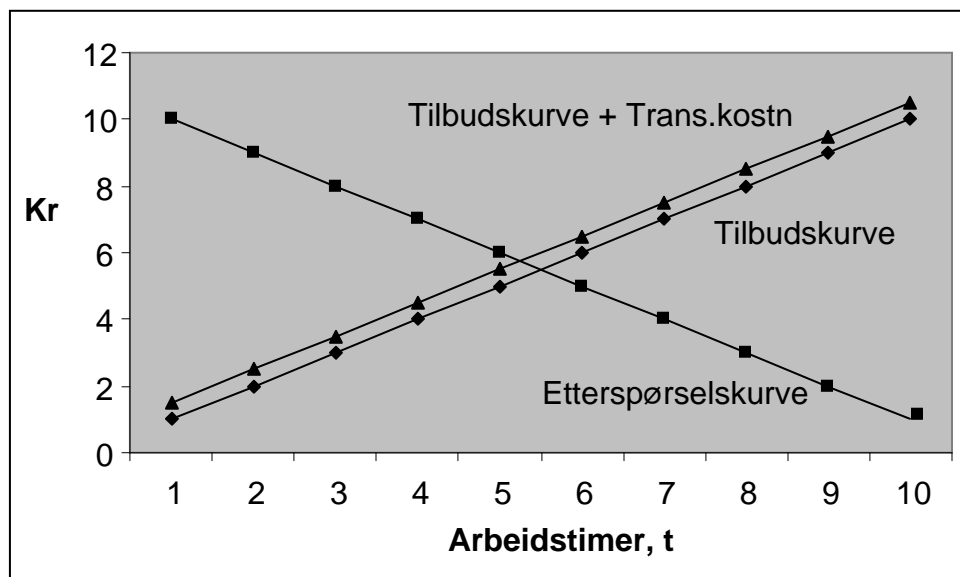


Figur 1: Avtalemodell for inngåelse av avtaler mellom private

Abscissens verdi er arbeidstimer og ordinaten verdi er kroner. G er verdi av avtale i kroner for tilbyder og $P(t)$ er sannsynlighet ved forskjellige arbeidsinnsats, t . Produktet $P(t)G$ er sannsynligheten for at det inngås avtale ved varierende arbeidsinnsats. Videre er $K(t)$ tilbudskostnadene for tilbyder som funksjon av økende arbeidsinnsats. En kan si at den øverste kurven viser sannsynligheten målt i kroner for å inngå en avtale av en viss verdi, mens den nederste kurven viser kostnadspådraget ved å inngå avtale som følge av markedsføring, søkekostnader, forhandlingskostnader og risikotillegg. Høyere arbeidsinnsats øker muligheten for å inngå avtale. For private aktører ønskes å inngå en avtale til en viss verdi inklusive fortjeneste med minst mulig arbeidsinnsats. Dette oppnås

der avstanden mellom de to kurvene er størst, dvs der $P(t)G - K(t)$ er størst mulig, dvs ved en arbeidsinnsats på ca. 6 timer i eksempelet.

Sett fra en samfunnsøkonomisk vinkel ønskes det derimot at avtaler inngås når transaksjons-kostnadene ved å inngå avtale ikke er større enn det samfunnsøkonomiske overskuddet. Dette er skjematisk vist i figur 2 i en modell for fullkommen konkurranse.



Figur 2: Transaksjonskostnadenes betydning for avtaleinngåelse

Siden tilbyder ofte har størst kostnader ved etablering av avtalen er transaksjonskostnadene tillagt tilbyder av forenklingshensyn i figuren. Ved økende transaksjonskostnader vil tilbudskurven forskyves oppover helt til kurven krysser etterspørselskurven ved en lav x-verdi. Da er det ikke lenger noe samfunnsøkonomisk overskudd og det å inngå avtaler er ikke lenger samfunnsøkonomisk effektivt. I figur 3 er forholdet anskueliggjort i avtalemодellen.

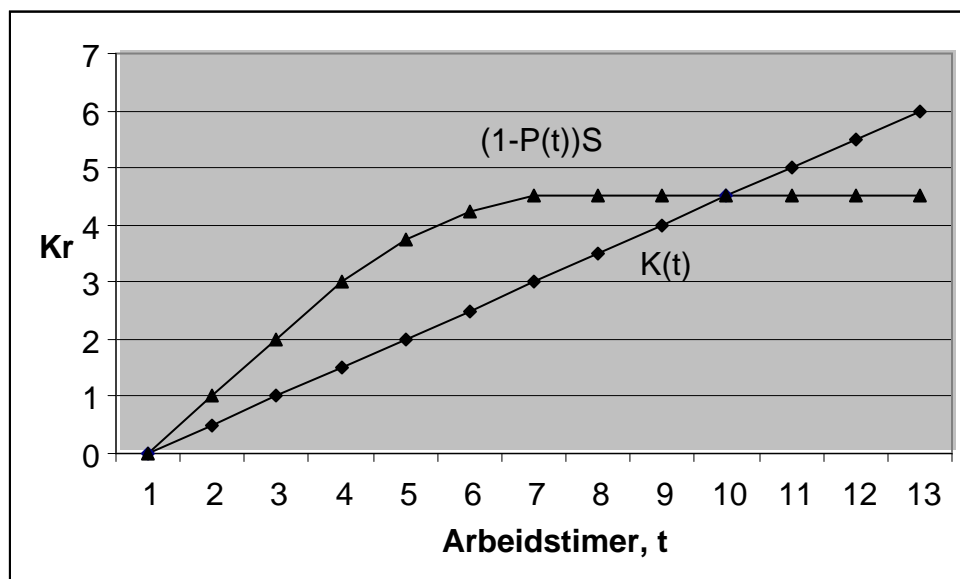


Fig. 3 Avtalemodell for slutning av avtale sett fra et samfunnsperspektiv

I figuren representerer $1-P(t)$ sannsynligheten for at en avtale med verdi S ikke inngås. Produktet $(1-P(t))S$ representerer da verdien av avtale som ikke inngås. Antas det at en fra samfunnets side ønsker å minimalisere summen av verdien ved avtaler som ikke inngås og kostnadene ved å søke å inngå avtaler, dvs at $(1-P(t))S + K(t)$ blir minst mulig, vil dette skje i det punktet kurvene krysser hverandre. I dette punktet er summen av arealene under kurvene minst. Over kryssingspunktet vil kostnadene ved å inngå avtale være større enn verdien av å inngå en avtale, slik at aktørene ikke vil inngå avtale. Minimumspunktet tilsvarende at $PS = K$. Arbeidet med å forsøke å inngå avtale sett fra et samfunnsøkonomisk perspektiv bør derfor pågå helt til verdien av den siste arbeidstimen som brukes gir en økning i verdien av avtalen minst lik kostnaden ved arbeidstimen. I eksempelet skjer dette ved en arbeidsmengde på ca 10 timer. I forhold til en optimal mengde på 6 arbeidstimer, sett fra et privat perspektiv, er en altså fra et samfunnsperspektiv villig til å gå lengre i å oppnå en avtale.

Høyesterett har i ”Hotelldommen”¹² og i ”Stiansen dommen”¹³ avgjort tvister som angår avtaleslutningen. Siden retten ikke direkte har brukt rettsøkonomiske resonnement i avgjørelsene, vil en derfor drøfte om dommene er i overensstemmelse med hva en rettsøkonomisk analyse vil lede til.

I Hotelldommen avgjorde Høyesterett etter en samlet vurdering at avtale var inngått ved salg av en hotelleiendom, selv om en ikke kom så langt som til å opprette en skriftlig kontrakt. Høyesterett tolket avtalesituasjonen slik at siden ”alle vesentlige punkter i avtalen må anses klarlagt” og at ”det er naturlig å oppfatte dette svar, avgitt innenfor akseptfristen som et bindende mottilbud”, var avtale inngått. Selv om mange er av den mening at avtale om fast eiendom ikke er inngått før en har undertegnet en avtale, fant altså ikke Høyesterett dette forholdet som så viktig at en kunne anse avtalen for ikke inngått. En kan kanskje her hevde at Høyesterett gikk langt i forhold til den tapende parts ønsker. Sett fra et samfunnsøkonomisk perspektiv kan nok avgjørelsen derimot være riktig. I henhold drøftelsen i figur 3 over er det således vist at en ut fra et samfunnsøkonomisk perspektiv bør en gå lengre enn det partene ønsker i å beskytte avtalen. Forklaringen er kanskje at det er underliggende for Høyesteretts avgjørelser en gjennomgående fundamental respekt for avtale og avtalefrihet.

I Stiansen dommen kommer Høyesterett til det motsatte resultat. En entreprenør fikk ikke medhold i at avtale var inngått om oppføring av boligblokk med 39 eldre boliger, et prosjekt i størrelsesorden 30-40 millioner kroner. Også i denne avgjørelsen legger Høyesterett vekt på pris; ”Jeg er enig med lagmannsretten når den uttaler at prisen er et fundamentalt poeng ved avtaleinngåelsen, og når pris ikke er avtalt, vil den vanligvis være en meget sterk formodning for at endelig avtale ikke er sluttet”. Det kan for utenforstående synes som selvsagt at avtale neppe kan sies å være sluttet når pris ikke er avtalt. Det at Høyesterett i det hele tatt drøfter forholdet viser at avtalen som sådan har en sterk posisjon i

¹² Rt 1987 1205

¹³ Rt 1992 138

norsk rettspraksis. Igjen synes det som om det skal mye til for å underkjenne en avtale. Heller ikke i denne avgjørelsen er rettsøkonomiske forhold nevnt direkte. Men igjen skinner det vel gjennom avtalens sterke plass i norsk rettspraksis. Dette styrkes også av at førstvoterende i et obiter dictum sier at et erstatningskrav om den negative kontraktsinteressen ikke er vurdert da et slikt krav ikke er fremmet. Strengt tatt trengte jo Høyesterett ikke si noe om krav som ikke er fremmet. Det at retten allikevel gjør oppmerksom på erstatningsreglene kan sees på som en beskyttelse avtalen. Høyesterett har ikke brukt rettsøkonomiske resonnement direkte. Dommen bekrefter allikevel at Høyesterett prinsipielt er villig til å gå langt i det å beskytte avtaler og kanskje lenger enn det partene ønsker. Resultatet er altså i tråd med hva en rettsøkonomisk analyse ville ha ledet til, jfr figur 3 over. Hvor langt Høyesterett bør gå, og at det bør finnes en grense, er derimot ikke helt enkelt å avgjøre uten nærmere kunnskap om kryssingspunktet mellom transaksjonskostnader og verdi av avtale.

Videre er det også av rettsøkonomisk interesse å se hvordan Høyesterett har håndtert rådighetsproblematikken ved avtaleslutninger med høye transaksjonskostnader.

I en gjennomgang av bevillingssaker for Høyesterett har en generelt ikke funnet at Høyesterett har vektlagt eller nevnt fordelene det er å redusere transaksjonskostnadene for den enkelte ved å inngå avtaler med et medlem i en forhåndsgodkjent gruppe av yrkesutøvere, eks advokater, leger, tannleger, skjenkebevillinger, etc. I ”Syke i kurdommen”¹⁴ hadde eksempelvis en 36-årig kvinne behandlet bl.a. kreftpasienter med såkalt radiofoni uten å være norsk lege. Høyesterett fant at nødvendig grunnlag for virksomheten ikke var tilstede, uten å komme inn på rettsøkonomiske forhold. Generelt sett ser det ut til at Høyesterett har satt hensyn til kvalitet til faglig utførelse høyt i sine vurderinger. Det betyr imidlertid ikke nødvendigvis at rettsøkonomiske forhold ikke er viktig. I de sakene som har kommet til Høyesterett er rettsøkonomiske forhold rett og slett ikke vært et

¹⁴ Rt 1985 19

vesentlig relevant hensyn å vurdere nærmere. Det har på en måte ligget implisitt at fordelene av bevillingsinstituttet er godtatt av rettsordenen.

I en sak om ”Advokat- bevilling”¹⁵ ser det også ut til at avgjørelsen er i tråd med det en rettsøkonomisk analyse ville ha ført til. Staten ble i saken pålagt et objektivt erstatningsansvar for feilaktig å ha avslått en søknad om bevilling etter at mislighold med tilhørende tilbakekall av bevilling var brakt i orden. Selv om det ikke sies direkte i dommen, har næringsfrihet og ønsket om å beskytte fordelene bevillingsinstituttet innebærer trolig vært bakenforliggende i avgjørelsen. Det at Høyesterett pålegger et objektivt erstatningsansvar for staten leder til at bevillingsinstituttet beskyttes lengre enn hva et normalt subjektivt ansvarsgrunnlag ville ha ledet til. En kan si at Høyesterett avgjørelse er i tråd med rettsøkonomisk tenkning ved at retten kommer til et erstatningsgrunnlag som forsvarer løsninger (bevillingsinstituttet), som gir lave transaksjonskostnader. Rådigheten for forholdet er for øvrig lagt til advokaten i det retten konstaterer et objektivt ansvar for staten. Siden rådigheten trolig verdsettes høyest av advokaten, er avgjørelsen i tråd med fundamental velferdsteori etter Hobbess betingede, normative teorem om effektivitet.

I ”Tannlegedommen”¹⁶ drøfter Høyesterett blant annet om pålagt pliktjeneste for tannleger etter endt utdanning må anses som ekspropriasjon etter Grunnlovens §105, og om loven om pliktjenester strider mot Grunnlovens ånd og prinsipper, herunder frihets- og likhetsgrunnsetningen. Ved ekspropriasjon kan en si at det er den sterke som vinner over den svakere. Som kompensasjon skal det ytes full erstatning. Ekspropriasjon er således en innskrenkning av den frie rådigheten. Rådigheten overføres til staten. I saken får imidlertid ikke den norske tannlegeforening medhold i å kjenne loven ugyldig. Førstvoterende sier ”Det er helt på det rene at ordningen ikke er basert på varig å løse rekrutteringen til folketannrøkten ved tvang”. Uttalelsen viser at Høyesterett er klar over at det ikke er ønskelig med tvang ved slutning av avtaler. Hvorvidt førstvoterende hevder dette ut fra

¹⁵ Rt 2005 545

¹⁶ Rt 1966 476

rettsøkonomiske resonnement er ikke like klart. Sannsynligvis ligger ulovfestede regler om den private autonomi, næringsfrihet, kontraktsfrihet og avtalefrihet i bunn hos Høyesterett. På denne måten kan en si at rettsøkonomiske forhold har hatt en betydning.

Ved den offentlige tannlegetjenesten f. eks ved offentlige skoler har for øvrig det offentlige helt fjernet transaksjonskostnadene. Elever blir her innkalt til behandling. Det er altså ingen forhandlinger om pris, mulig erstatningsforhold etc. Fjerning av transaksjonskostnader kan ses på som rettsøkonomisk riktig. Trolig er en imidlertid i dette tilfelle i en planøkonomisk situasjon der markedsmodellen ikke gjelder.

Det nevnes også utviklingen av standardavtaler hvis formål er å redusere transaksjonskostnader. Slike avtalemekanismer anses for å være samfunnsøkonomisk effektive.

2.2 Ugyldige viljeserklæringer (tilblivelsesmangler) og rettsøkonomiske resonnement

En forutsetning i en modell om et fullkomment marked er at svik og svindel ikke forekommer ved inngåelse av avtaler, dvs fravær av såkalte bona-fide transaksjoner. Slik er opplagt ikke verden. Frykt for svindel fører til at en del avtaler ikke kommer i stand. For å bøte på dette har lovgiver etablert sanksjoner om tilblivelsesmangler. Trusselen om sanksjoner fører forhåpentligvis til at flere avtaler inngås, selv om altså sanksjonen i seg selv fører til at færre avtaler blir gyldige.

De grove svindler innenfor formuesretten omhandles i den spesielle strafferetten og kan føre til straff. Mildere former for svindel, som svik, tvang, urimelig press, etc. fører kun til ugyldighet. Reglene om dette er generelt gitt i avtalelovens Kap. 3 ”Om ugyldige viljeserklæringer” i §28 - §41. Bestemmelsene inneholder regler som sanksjonerer forskjellige typer av illojalitet ved avtaleslutningen. Sanksjonen i avtaleloven er ugyldighet og altså ikke en pønal reaksjon.

I utgangspunktet er reglene om ugyldighet ved avtaleslutningen etablert for å sikre avtaleinstituttet. Siden avtalen er bærebjelken i rettsøkonomien må en kunne si at rettsøkonomi ved lov- bestemmelser som sanksjonerer svik allerede er tatt inn i rettstilstanden. Spørsmålet blir så hvordan rettspraksis i Høyesterett har ivaretatt dette hensynet i konkrete rettsavgjørelser. Før en gjennomgår Høyesteretts praksis på området vil det først kort bli gjennomgått lovens forarbeider med henblikk på å få et nærmere innblikk i hvordan lovgiver har vurdert betydningen av samfunnsøkonomiske forhold.

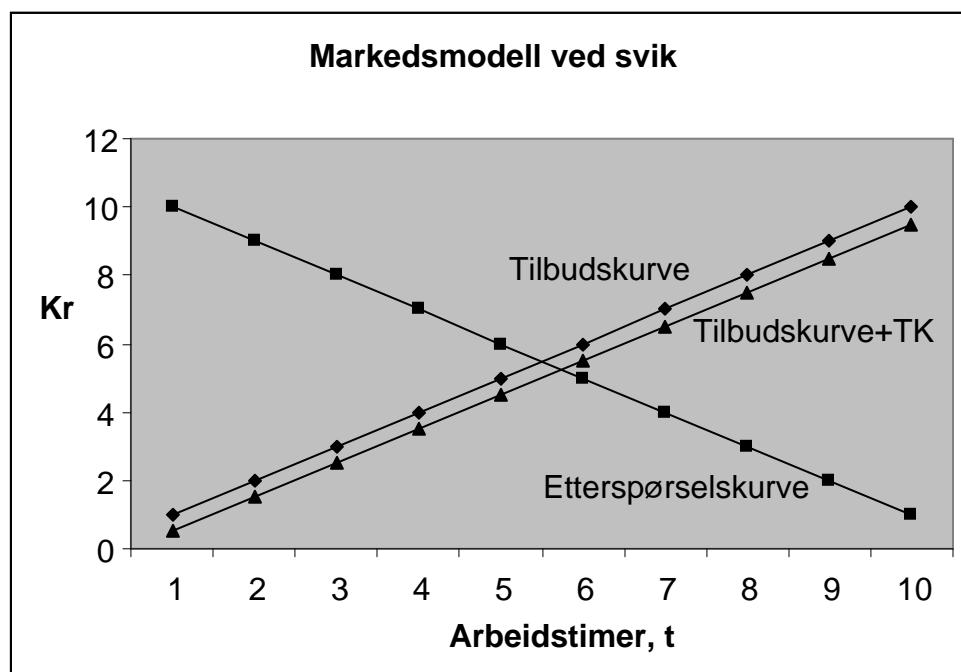
I henhold til motivene i lovforarbeidene til avtaleloven¹⁷ heter det; ”Saa længe den fri konkurranses princip var enerådende i lovgivningen, kunne selvsagt ugyldighetslæren ikke nå nogen full utvikling. I nutiden erkjendes det imidlertid fra alle hold, at den fri konkurranse og den ubundne kontraktsfrihet kan misbrukes.” Det heter videre ”Ugyldighetsreglene råder innenfor sitt område bot paa det misbruk som kontraktsfriheten kan gi anledning til”. I detaljeringen i forarbeidene ble det særlig sett behov for å lovfeste regler som sanksjonerte de mildere former for illojalitet som vold, svik, tvang, åger, og moderne stavnsbånd og dermed økonomisk avhengighet pga karantenetid ved oppsigelse, samt en lovfesting av grenser for konvensjonal- bøter. Tidligere forbud i NL 5-1-2¹⁸ om at illojaliteten må stride mot ærbarhet for å føre til ugyldighet, ble ansett som en uklar og vag regel og førte til at en var dårlig hjulpet. Det var derfor påtrengende nødvendig med en lovordning.

Videre ønsket en å vurdere bevisbyrdeproblematikken ved svik. Dette er av spesiell interesse fra et rettsøkonomisk synspunkt. I avtalelovens §30 annet ledd er det således lovfestet en omvendt bevisbyrde, dvs at den som hevdes å ha sveket eller har fortiet opplysninger ved avtaleinngåelse må bevise at han ikke har gjort det. Klarer en ikke å bevise at en ikke har opptrådt svikaktig, blir avtalen å anse som ugyldig. Dette er en meget

¹⁷ Ot. Prp. Nr. 63 (1917) s. 17-19

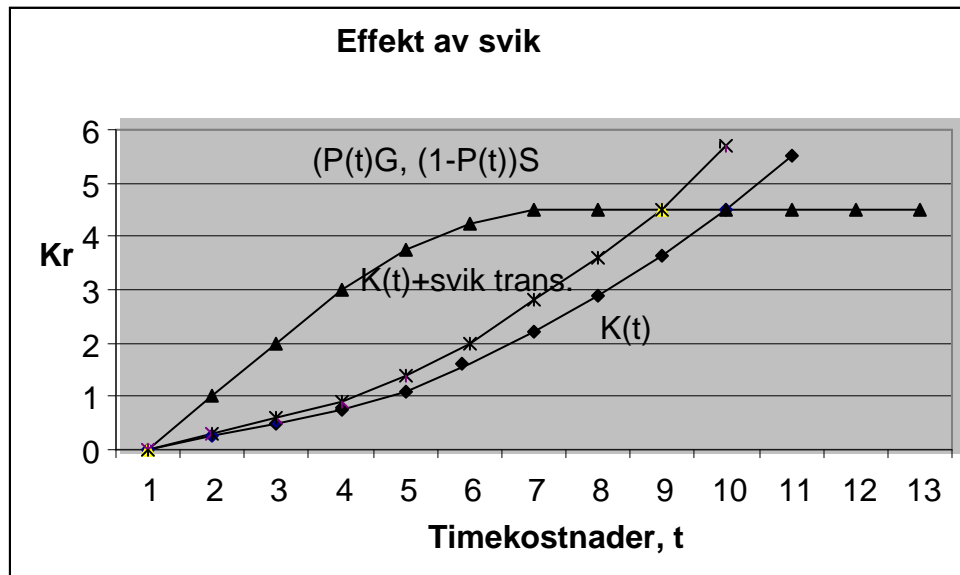
¹⁸ NL-5-1-2

streng regel og som er motsatt alminnelig erstatningsrett. Skyld etter de vanlige erstatningsreglene forutsetter at den skadede beviser skyld hos skadevolder. Regelen om omvendt bevisbyrde vil ikke direkte føre til at flere avtaler inngås, men vil kanskje ved sanksjonstrusselen allikevel føre til flere avtaler. Sanksjonsreglene om tilblivelsesmangler har generelt som formål å redusere et eventuelt risikopåslag og dermed økede transaksjonskostnader. Effekten i markedsmodellen av illojalitet som eksempelvis svik er et positivt skift i tilbudskurven, som vist i figur 4. Det betyr at det samfunnsøkonomiske overskuddet øker da summen av konsument- og produsentoverskudd øker.



Figur 4; Markedsmodell ved svik

Nedenfor i figur 5 har en forsøkt å vurdere effekten av svik og andre former for illojalitet på viljen til å inngå avtaler sett fra både private sitt syn og fra et samfunnsøkonomisk perspektiv.



Figur 5; Effekt av svik

I figur 5 er $P(t)G$ sannsynlig verdi av å inngå en avtale for private og $K(t)$ kostnadene forbundet med å inngå avtale, her illustrert som arbeidstimer. Kurven $K(t) + svik-transaksjoner$ viser transaksjonskostnadene betydning ved svik. Generelt blir altså transaksjonskostnadene mindre ved svik siden en altså ikke trenger å bruke like mange timer som tidligere. Da det forutsettes at sannsynligheten for svik er større jo nærmere en er for å oppnå en avtale, vil de to kostnadskurvene skille seg mer og mer som funksjon av kostnadene ved å inngå avtale.

Private rasjonelle aktører vil forsøke å oppnå avtale med størst mulig fortjeneste, dvs størst mulig avstand mellom verdikurven og kostnadskurvene. Fra kurvene ser en at svik ikke fører til en vesentlig forskjell i fortjenesten. Årsaken er at punktet for maksimal fortjeneste oppnås før sannsynligheten for å inngå avtale er sikker.

Fra et samfunnsøkonomisk perspektiv er imidlertid situasjonen en annen. En er nå mer opptatt av å unngå at avtale ikke inngås samtidig med at de summerte transaksjonskostnadene er mindre enn verdien av avtalen, PS. Samfunnsøkonomisk nytte vil oppnås så lenge transaksjonskostnadene ikke blir lik eller større enn verdien av avtalen, dvs når $PS = K$. Differensen av arealene under kurvene uttrykker dette forholdet. Fra figur 5 ser en imidlertid at svik transaksjoner reduserer arealet under kostnadskurven relativt mye, dvs at det samfunnsøkonomiske overskuddet kan oppnås tidligere. Det betyr at svik fører til at flere avtaler inngås. På en måte kan en si at modellen fører til at svik transaksjoner øker den rene økonomiske samfunnsnyten. Den samlede fortjenesten hos partene blir nødvendigvis heller ikke vesentlig mindre, selv om fordelingen blir forskjellig.

Det rettsøkonomiske resonnement overfor viser at det altså ikke er av hensyn til samfunnsøkonomisk effektivitet at en ikke ønsker svik transaksjoner. Snarere vil en være forsiktig med å kalle noe svik og illojalitet. Et slikt syn vil være i tråd med avtalefrihetens prinsipp og prinsippet om at partene er ansvarlig for sine egne forutsetninger. Det er da heller moralske og etiske hensyn som blir avgjørende for å hindre svik og annen illojalitet. Ut fra lovbestemmelsene om ugyldige viljeserklæringer kan en derfor ikke vente at Høyesterett innen disse områdene vil vektlegge samfunnsøkonomiske nytteforhold ved avtaleslutningen særlig mye. En vil allikevel i det følgende gjennomgå Høyesteretts praksis på dette området for å se hvordan Høyesterett avveier hensynene om avtalefrihet mot lovbestemmelsene som springer ut av moralske hensyn.

I Høyesteretts avgjørelse i Hotelldommen¹⁹ fikk således ikke kjøper av et hotell medhold i at salgsprospektet ikke svarte til virkeligheten. Foruten at prospektet oppga et areal på 20 mål mens arealet i virkeligheten bare var på 7 mål, tilhørte tomtens største attraksjon "Utsikten" naboeiendommen. Førstvoterende hevdet at "det at den slags reklameprosjekter i handel og vandel ikke kan opfattes som eksakte kontraktstilbud er en kjensgjerning som

¹⁹ Rt 1932 835

ogsaa kjøperen maatte være klar over.”. Som en ser går Høyesterett her langt i å forsvare prinsippet om avtalefriheten, prinsippet om at partene selv er ansvarlig for egne forutsetninger og prinsippet om at avtaler skal holdes. Trolig hadde ikke mange reagert på et annet resultat begrunnet på svik. I henhold til figur 5 over er det utvilsomt at avgjørelsen er riktig rent samfunnsøkonomisk; det samfunnsøkonomiske overskuddet øker ved å tillate avtalen. Det er derimot noe overraskende at ikke Høyesterett har vektlagt illojalitetsforhold mer ved avtaleinngåelsen. Årsaken er som nevnt prinsippet om at partene er ansvarlig for sine egne forutsetninger.

I Høyesteretts avgjørelse i ”Arveoppgjørdommen”²⁰ fikk ikke en av medarvingene medhold i at hans underskrift på kjøpekontrakt om boets faste eiendom var gitt under tvang eller kommet i stand ved svik. Her uttrykker retten at det ikke er rettstridig å true med søksmål. Dette er en presisering av hva som er tillatt og resultatet er for så vidt ikke uventet. Også denne dommen kan ses på som rettsøkonomisk riktig ved at Høyesterett forsvarer at avtaler skal holdes og dermed sikring av det samfunnsøkonomiske overskuddet, selv om kanskje et annet resultat basert på svik ikke ville ha vært overraskende.

I en nyere enstemmig Høyesteretts dom fikk ikke anbyder rett i krav om endring av en relativt klar feilprising etter at kontrakt var inngått, jfr ”Feilprisingsdommen”²¹. Feilen besto i at en entreprenøren hadde priset en post i anbudet som pris pr kubikkmeter og ikke pris pr kvadratmeter, dvs 74,72 kroner mot 1 493,40 kr. Feilen innebar et tap på ca 1,5 millioner kroner av en totalpris på 168 mill kr for entreprenøren. Nærmeste konkurrerende anbyder hadde budt 176 mill kr. Høyesterett bygget sin avgjørelse blant annet på råd fra Byggebransjens Faglig Juridiske Råd som refererte blant annet til standardiserte kutymer i NS 3401. Rådet hevdet at en forespørsel om riktigheten av en post i et tilbud til anbyderne ville åpnet for spekulasjon og ble derfor frarådet. Igjen kan det se ut til at Høyesterett går

²⁰ Rt 1948 735

²¹ Rt 2002 940

langt i å forsvare avtaleprinsippet og prinsippet om at partene er ansvarlig for egne forutsetninger. En kunne enkelt ha forespurt alle tilbydere spesielt om denne posten på nytt slik at en opplagt uriktig priset post kunne bli riktig. Rettsøkonomisk medfører fastholdelsen av avtalen en prioritering av samfunnsøkonomisk effektivitet og en påfølgende reduksjon av fortjenesten hos entreprenøren. Hvorvidt Høyesterett er klar over dette forholdet eller om resultatet følger av en grunnleggende holdning om at avtaler skal holdes, er usikkert. Høyesterett gjennomfører ikke et nærmere rettsøkonomisk resonnement, slik at det kanskje er grunn til å tro at retten setter de nevnte prinsipper høyt. Høyesterett plasserer for øvrig risikoen hos tilbyder og rådigheten dermed hos kjøper. Hvilken av partene som verdsetter avtalen mest er ikke enkelt å si sikkert. For entreprenøren innebærer tapet trolig ca 10-15 % av en normal fortjeneste. For kjøper, Statens vegvesen som byggherre for Oslofjordtunnelen, ville et tap i retten bety ca 1 % økning i budsjettet. En kan kanskje hevde at byggherren verdsetter tilbudet mest siden han faktisk må skaffe nye midler, mens entreprenøren kun får en mindre reduksjon i overskuddet. Således er dommen riktig i et rettsøkonomisk perspektiv, da byggherren altså verdsetter det opprinnelige tilbudet mest.

I Høyesteretts avgjørelse i ”Karantenedommen”²² ble to arbeidstakere frifunnet for brudd på en karanteneavtale ved avslutning av arbeidsforhold. Høyesterett avgjorde at det ikke kunne gjelde en omvendt bevisbyrde for skade de to arbeidstakerne hadde påført sin tidligere arbeidsgiver. I tråd med forarbeidene om å hindre økonomisk avhengighet ved et moderne stavnsbånd, kommer Høyesterett til at det ikke er grunnlag for motsatt bevisbyrde og frifinner arbeidstakerne pga manglende årsakssammenheng. Rettsøkonomisk ville det vært mer samfunnsøkonomisk effektivt å forsvare avtalen, men det kan se ut til at moralske hensyn slår igjennom i dette tilfelle. En følger altså vanlige erstatningsrettslige skyldregler om at skadelidte må vise skyld hos skadevolder og altså ikke en analogisk anvendelse av regelen om den omvendte bevisbyrden ved svik i avtl. §30 annet ledd.

²² Rt 2007 817

Avtalelovens §33 er en alminnelig bestemmelse om urimelighet ved avtaleslutning angående redelighet og god tro. Den er ment å ta for seg de tilfellene som ikke dekkes av de øvrige bestemmelsene i kapittel 3 om ugyldige viljeserklæringer i avtaleloven da disse ikke er uttømmende. Regelen har samme virkning rettsøkonomisk som det som er drøftet om svik-transaksjoner.

Også inhabilitet og utilregnelighet er tilblivelsesmangler som kan føre til ugyldighet. For disse manglene er redusert rettslig handle- og skyldene hensyn som samfunnet har funnet å veie tyngre enn hensynet til at avtaler skal holdes. For øvrig bygger rettsøkonomiske modeller på rasjonelle aktører og sier derfor intet om effektivitet ved sinnssykdom, etc.

Fullmektiger og mellommenn er ofte faglige spesialister eller geografiske representanter hvis formål er å redusere transaksjonskostnader ved avtaleinngåelser. Rettsøkonomisk sett er dette en fordel på samme måte som for andre transaksjonskostnader og vil derfor ikke drøftes nærmere her.

2.3 Innholdsmangler, ugyldighetsvirkninger og rettsøkonomiske resonnement

2.3.1 Innholdsmangler og ugyldighet

Grunnleggende samfunnsøkonomisk markedsteori forutsetter full informasjon og lojalitet og at det ikke er forbundet med risiko å inngå og gjennomføre avtaler. Slik er neppe alltid situasjonen i praksis. Den kontraktsrettslige lovgivningen har derfor regulert forholdet på forskjellige måter.

Blant annet kan kontrakter også lovlig opphøre før oppfyllelse skjer på grunn av oppsigelse, avbestilling eller foreldelse. Lovlig inngåtte avtaler kan også bli kjent ugyldig dersom innholdet er slik at rettsordenen ikke kan godta den. Avtaler med innhold i strid

med forbudsregler i lovgivningen eller ærbarhet kan således ikke lovlig gjennomføres, jfr NL- 5-1-2. Slike avtaler kan heller ikke få det offentliges hjelp til tvangsgjennomføring ved en eventuell tvist. Det samme gjelder avaler med urimelig pris, jfr eksempelvis pristiltakslovens §2, urimelige foretningsvilkår eller annen urimelighet.

Begrunnelsen for å gjøre slike innskrenkninger i prinsippet om at avtaler skal holdes, er at samfunnet ønsker å beskytte visse verdier som anses å være viktigere for samfunnet totalt sett enn det er å gjennomføre avtalen. Eksempelvis har lovgiver vært særlig opptatt av å beskytte den svakere part i kontraktsforhold.

For å hindre at urimelige avtaler allikevel gjøres gjeldende etter sitt innhold kan det være aktuelt å bruke andre virkemidler enn ugyldighet, som for eksempel forhåndskontroll av avtaler. På denne måten vil samfunnet kunne spare midler ved å hindre at avtaler som senere ville blitt kjent ugyldige ikke inngås. I spesielle tilfeller kan også det å tvinge gjennom en avtale, føre til strafferettslige reaksjoner. Det er samfunnsøkonomisk effektivt at midler blir brukt til avtaler som står seg, og ikke til avtaler som senere blir kjent ugyldige.

Innholdsmangler kan føre til enten hel ugyldighet eller delvis ugyldighet. Sanksjonen ved innholdsmangler åpner dermed for en større fleksibilitet enn tilfellet er ved tilblivelsesmangler. Dette er en lovregulering som i utgangspunktet fører til samfunnsøkonomisk effektivitet ved at flest mulige avtaler inngås, selv om det også innebærer en innskrenkning av prinsippet om at avtaler skal holdes. Det er derfor av rettsøkonomiske interesse å se nærmere på hvordan Høyesterett har brukt avgjørelsesmyndigheten med hensyn på sanksjonen om delvis ugyldighet.

Forarbeidene til avtaleloven fra 1918 er særlig opptatt av behov for nye regler om tilblivelsesmangler, som vist over. Derimot er det i motivene ikke sett behov for nye regler angående innholdsmangler.

2.3.2 Bortfall av avtale ved oppsigelse, avbestilling, preklusjon og foreldelse

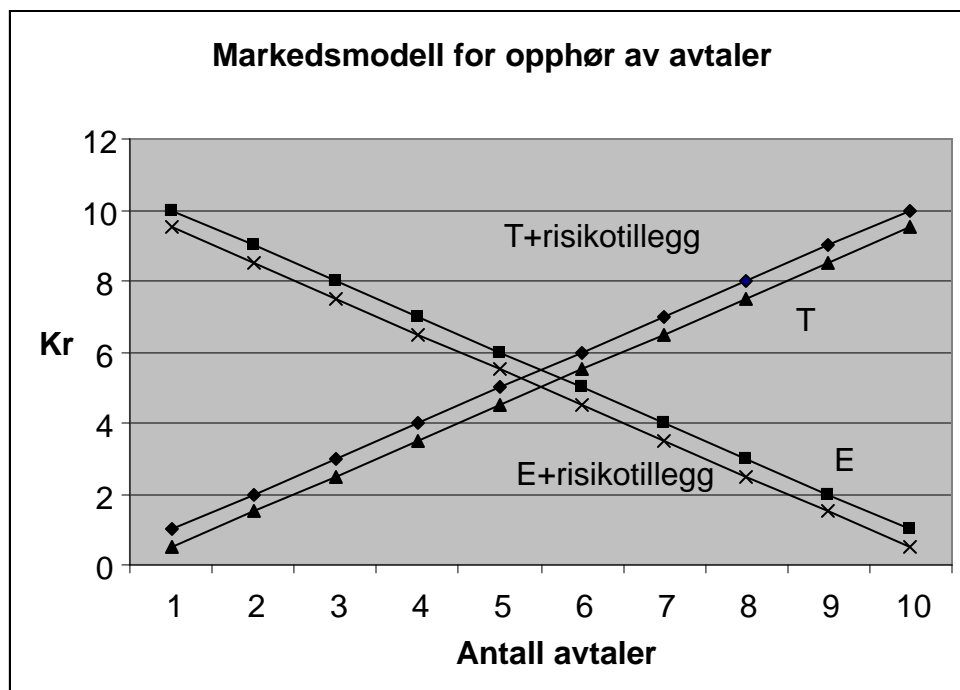
Det skilles mellom oppsigelse av løpende forpliktelser som eksempelvis husleie, og avbestilling av engangsytelser, som eksempelvis en hotellovernatting. Med preklusjon menes i denne sammenheng preklusivt proklama som særlig gjelder ved dødsfall. En ønsker ved preklusjon å avslutte avtaler ved bortfall av en av kontraktspartnerne, slik at arvinger ikke må forholde seg til avdødes tidligere forpliktelser. Ved konkurs gjelder ikke regler om preklusivt proklama etter dagens regler, selv om dette kunne tenkes. Krav mot boet kan rettes til selskapet selv etter lang tid. Her har hensynet til prinsippet om å holde avtaler slått gjennom i sterkere grad. Hensynet bak foreldelsesinstituttet er å avslutte forhold blant annet av bevis tekniske hensyn ved tvister om tilblivelsesmangler.

Dersom en i slike tilfeller ikke hadde regler om å kunne avslutte avtaler før oppfyllelse har skjedd, ville en trolig være mer forsiktig med å inngå avtaler. Eksempelvis ville leieavtale uten oppsigelsesklausul kunne bli svært urimelig. For den samfunnsøkonomiske effektiviteten er dette uheldig da antall avtaler vil gå ned. På den annen side er også forutberegnelighet ved at avtaler holdes viktig for at avtaler inngås. Uten en slik forutberegnelighet vil antall avtaler også gå ned.

Det rettsøkonomiske spørsmålet blir derfor hvordan lovgiver og rettsanvendere bør forholde seg til opphør av avtaler sett ut fra et samfunnsøkonomisk perspektiv.

En vid adgang til å la avtaler opphøre vil føre til mindre respekt for avtaleinstituttet som sådan, mens en streng håndheving av prinsippet om at avtaler skal holdes også vil føre til at en kvier seg for å inngå avtale. Begge forhold kan betraktes som risikotillegg som vil føre til et negativt skift i både tilbudskurven- og etterspørselskurvene i modellen for et fullkomment marked. For tilbyder blir resultatet færre avtaler og høyere pris for å inngå avtaler. Også kjøpere vil ha mindre ønske om å inngå avtaler, noe som vil føre til en lavere

pris. I figur 6 er dette skjematisk vist i en modell for et fullkomment marked der begge effektene er tatt inn.



Figur 6 Effekt av adgang til opphør av avtaler

Det samfunnsøkonomiske overskuddet reduseres mye dersom begge effekter slår inn samtidig. En bør altså prioritere at avtaler skal holdes og at opphør av avtaler bør prøves redusert. Dersom en legger til grunn at det bare er sterke moralske eller etiske grunner for opphør av avtaler, vil dette føre til at opphør kun vil utgjøre en svært liten andel av den totale mengden av avtaler, "majoritetsprinsippet". Respekten for avtaleinstituttet vil ikke bli redusert vesentlig. Reduksjonen av det samfunnsøkonomiske overskuddet vil da bli minimalisert.

Det neste spørsmålet blir så hvordan denne konklusjonen kan gjennomføres ved lovgivning og hvordan Høyesterett i praksis har løst spørsmålet.

Fundamentalt i formuesretten er at en ikke er ansvarlig for andres forpliktelser. Ved død ville det derfor stride mot grunnleggende rettferdighetsprinsipper om arvingene skulle måtte overta andres forpliktelser, dersom de ikke ønsker det. Lovgiver har derfor lovfestet reglene om offentlig skifte, som hindrer at arvingenes private økonomi blir trukket inn i arveoppgjøret. Prinsippet er så grundig internalisert i norsk rettsbevissthet at forholdet ikke reduserer betydningen av avtaleinstituttet.

Fullt så klar er vel ikke situasjonen ved ”juridiske personers død”, eksempelvis ved konkurs og gjeldsforhandlinger i selskapssammenheng. Her kan det synes som om avtaleinstituttet settes på prøve ved at et selskap, ved å sørge for å bli insolvent, kan slippe fra sine kontraktsforpliktelser ved opphør av selskapet. Avtaleinstituttet ville være lite verdt dersom konkurs ikke ville føre til andre sanksjoner enn opphør av selskapet. En har derfor i selskapsretten regler om at ”skyldnerens avtaler løper videre under gjeldsforhandlinger”, jfr dekl. §7-3a, og ”Trer konkursboet inn i skyldnerens avtale, blir det berettiget og forpliktet på avtalens vilkår”, jfr dekl. §7-4. Reglene om karantene- tid ved konkurs er gjennom sanksjonsmetoden også med på å beskytte avtaleforpliktelser. På denne måten har lovgiver forsøkt å sikre respekten for avtaleinstituttet. Dette er også fulgt opp i rettspraksis.

I selskapsretten gjør reglene om ansvarsbegrensninger i aksjeselskaper et slags innhugg i prinsippet om at avtaler skal holdes. Blant annet krever ikke loven mer enn 100 000,- kr og 1 000 000,- kr i aksjekapital i henholdsvis AS og ASA, noe som kan synes lite i forhold til størrelsen på de avtaler slike firmaer ofte inngår. Grunnen til at avtaleinstituttet allikevel er respektert i slike forhold er at avtalefriheten sikrer at de som inngår avtale med slike selskaper, i praksis vil kreve en større aksjekapital. Det er derfor vanlig å kreve en finansiell kapasitet som tilsvarer det avtalen er verdt i hvert enkelt tilfelle. I tillegg finnes det frivillige regler om forsikringer.

Ved oppsigelser og avbestillinger blir respekten for avtaleinstituttet også satt på prøve. På disse områdene slår andre hensyn, som samfunnet finner nødvendig å verne, ofte inn. I for

eksempel oppsigelser av løpende arbeidskontrakter og husleieforhold fra henholdsvis arbeidsgiverer og husverter, er ønsket om å beskytte den svakere part ansett å være viktigere enn at avtalene skal holdes. Her er det moralske rettferdighetshensyn som slår inn og overstyrer rene samfunnsøkonomiske betraktninger.

Bestillers behov for kontraktsgjenstanden kan opphøre. Det å gjennomføre avtalen vil da være spill av samfunnsressurser. Bestiller ønsker derfor å avbestille. Mot dette behovet taler behovet for forutberegnelighet og sikkerhet om at avtaler holdes. Ved avbestilling av engangs- eller rateytelser er det ikke like sterke grunner til å la avtaler opphøre uten at oppfyllelse har skjedd, med mindre en slik rett allerede er avtalt eller følger av innarbeidede kutymer. Et eksempel på vanlig kutyme er avbestilling av hotellrom uten erstatning. Rett til avbestilling uten plikt til erstatning anerkjennes bare i meget begrenset utstrekning, idet en slik rett i realiteten ville gi adgang til ensidig å erklære eget løfte uforpliktende.

Spørsmålet videre blir derfor om omfanget av erstatningen ved avbestillingen skal omfatte både den negative og positive kontraktsinteressen. Med den negative kontraktsinteressen menes kostnader ved markedsføring, tilbudsetablering, forhandlinger samt disponeringstap ved ikke å gjennomføre avtalen. Den positive kontraktsinteressen omfatter først og fremst fortjenesten ved avtalen, men en kan også tenke seg annen verdi av en avtale, eksempelvis verdi av en spesiell erfaring eller en markedsadgang avtalen ville ha gitt. Svaret på omfang av erstatningen ved uhjemlet avbestilling, bygger på at bedrifter ikke kan leve av den negative kontraktsinteressen. Hovedregelen i norsk rett er derfor at det er den positive kontraktsinteressen som skal erstattes, jfr kjl. §67 sammenholdt med §52 første ledd. Etter §52, andre ledd følger det motsetningsvis at det ikke er avbestillingsrett for kjøper med mindre kontraktsgjenstanden skal tilvirkes særskilt for ham. For andre gjenstander vil det altså ikke gjelde en avbestillingsrett.

Løsningen for ”spesieskjøp” er en kodifisering av gjeldende rett fra bl.a. Høyesteretts avgjørelse i ”Avbestillingsdommen”²³. Avbestilling av kontrakt om levering av 90 000 esker etter levering og betaling av 18 000 esker førte til dom om erstatning ved betaling og levering av resterende 72 000 esker, selv om kjøper strengt tatt ikke hadde bruk for flere esker. Løsningen styrker utvilsomt avtaleinstituttet. Det å gjennomføre avtalen vil trolig føre til tap hos kjøperen, selv om tilvirkeren vil ha en gevinst. For at samfunnsøkonomisk effektivitet skal kunne fastslås i denne avtalen må imidlertid fordelene hos tilvirker være større enn tapet hos kjøper, jfr effektivitetskriteriet til Kaldor Hicks. Det sier dommen intet om. Selv om samfunnsøkonomisk effektivitet altså ikke sikkert kan sies å være påvist i denne saken, vil dommen med sitt eksempel være med på å styrke avtaleinstituttet og dermed total samfunnsøkonomisk effektivitet i samfunnet. Ved en enkel undersøkelse kunne imidlertid Høyesterett ha fått grunnlag for om samfunnsøkonomisk effektivitet også i dette tilfelle kunne ha vært oppnådd. En kunne kommet frem til en mellomløsning som var mer optimalt samfunnsøkonomisk og som kanskje partene også ville ha funnet akseptabel. Løsningen om at alt eller intet blir å erstatte kan virke som om svart – hvit løsning. Rettsteknisk vil den være enkel å gjennomføre, men spørsmålet er om løsningen kan bli urimelig for kjøperen. Høyesterett har imidlertid andre lovbestemmelser som kan kompensere for urimelighet ved blant annet lempningsregelen i avtl. §36. Det er derfor ønskelig å se nærmere på hvordan Høyesterett har behandlet avbestilling av ”spesieskjøp” i et rettsøkonomisk perspektiv etter kodifisering i kjøpsloven av 1988.

I Høyesteretts avgjørelse i ”Typehusdommen”²⁴ ble en bestiller av typehus dømt til å betale erstatning til entreprenøren i henhold til bustadoppføringslovens § 52 tredje ledd for tapt fortjeneste. I bustadoppføringsloven er i utgangspunktet hensynet til den svake forbruker i forhold til den sterkere part, entreprenøren, prioritert. På tross av dette kommer altså Høyesterett til at privatpersonen må betale erstatning for avbestillingen. Entreprenøren krevde nesten 800 000,- kr, men ble tilkjent 300 000,- kr etter en skjønnsmessig vurdering i

²³ Rt 1933 207

²⁴ Rt 2003 486

lagmannsretten. Høyesterett uttaler videre at "Hvor det dreier seg om større fortjeneste enn vanlig, kan det være grunnlag for reduksjon av kravet etter lovens §36". Siden det i dette tilfelle ikke ble fremlagt konkret dokumentasjon på urimelighet, hadde ikke Høyesterett grunnlag for å prøve utmålingen utover det som Lagmannsretten er kommet til. Dette viser at den svart- hvit linje fra "avbestillingsdommen" inntatt i Rt 1933 s. 207 nå er forlatt og er erstattet med en mer moderat linje. Sett fra et rettsøkonomisk synspunkt er trolig resultatet mer riktig i forhold til en optimalisert samfunnsøkonomisk effektivitet og nytte kostnads- betraktninger basert på Kaldor Hicks teorem; dersom avbestillingstiltaket medfører en større fordel for kjøper enn ulempen for selger, skal tiltaket gjennomføres. Det kan altså se ut til at Høyesterett ikke bare har tolket lovverket, men samtidig har utviklet dette på en rettsøkonomisk riktig måte. Siden det er sterke bånd mellom de "kjøpsrettlige lovene", kan en håpe at dommens resultat vil bli etterfulgt innen den alminnelige obligasjonsretten også.

2.4 Kontraktsrevisjon og rettsøkonomiske resonnement

2.4.1 Kontraktsrevisjon; bortfall og endringer ved uventede forhold

I kontraktsretten forutsettes det i stor grad at avtaler skal holdes. Det er derfor få lovfestede regler om avtalerevisjon på grunn av uventede forhold som inntreffer mens avtalen løper. I utgangspunktet er derfor avtalerevisjon begrenset av de muligheter som ligger i avtalen selv og tolkningen av denne.

Fra gammelt av er det imidlertid åpnet for en meget begrenset adgang til kontraktsrevisjon ved de ulovfestede sedvanerettslige reglene om bristende forutsetninger, (forutsetningslæren) og force majeure. Bristende forutsetninger kunne innebære at det fysisk ble mer farlig å oppfylle eller at nye rettslige eller fysiske hindringer kunne gjøre oppfyllelse umulig. Typiske force- majeure forhold innebar eksempelvis krig og vesentlige naturkatastrofer. Derimot skulle det svært mye til for avtalerevisjon pga at det ble mer økonomisk byrdefullt å oppfylle.

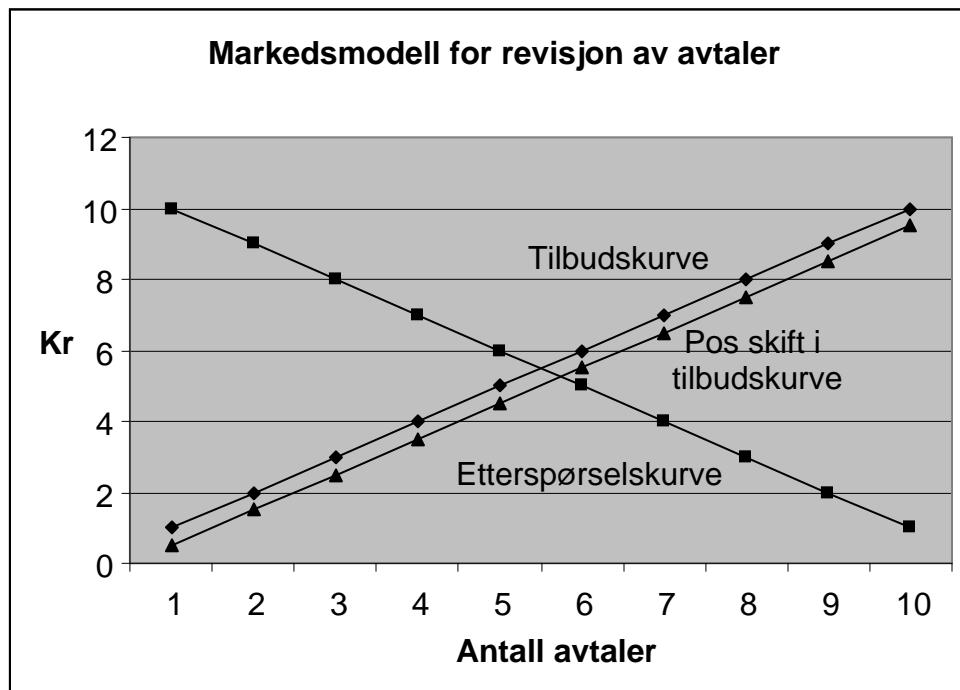
I 1983 ble avtaleloven endret med hensyn på innholdsmangler ved innføring av § 36 som en alminnelig formuesrettslig lempningsregel ved urimelighet. Tilsvarende urimelighetsregler er innført i andre lover, eksempelvis i pristiltakslovens § 2. Urimelighetsregelen i avtl. § 36 var særlig tenkt å ivareta hensynet om å beskytte den svake kontraktspart mot den annen parts misbruk av avtalefriheten.²⁵ Fra et rettsøkonomisk perspektiv er det interessant å merke seg uttalelsen om ”at utvalget ser ingen økonomiske og administrative følger av den foreslåtte lempningsregelen”. I den etterfølgende odelstingsproposisjonen hevdes det at en ønsker en generell lempningsregel i stedet for detaljert preseptorisk lovgivning, av hensyn til forutberegnelighet.²⁶ Det spesielle med denne regelen, som er ment som en sikkerhetsventil ved urimelighet, var at den også ga mulighet for kontraktsrevisjon ved uventede forhold som inntrådte etter kontraktsinngåelse.

En av forutsetningene i modellen om et fullkomment marked og i en økonomi som er ordnet etter prinsippet om fri konkurranse, er at bestanden av bedrifter er konstant. Dette er imidlertid riktig kun på kort sikt. Forutsettes det at bedriftene har full og kostnadsfri tilgang til kunnskaper om produksjonsprosesser og kostnadsfri adgang til å produsere enhver vare, vil en på lang sikt se at nye produsenter kommer til, tiltrukket av den positive fortjenesten i markedssegmentet. Dette vil føre til større konkurranse og at prisene faller. Samtidig vil omsatt mengde øke og følgelig også antall avtaler. Konsekvensen vil imidlertid bli en lavere fortjeneste for produsentene. En vil over tid derfor måtte forvente et positivt skift i tilbudskurven i en frikonkurranse situasjon som vist i figur 7 nedenfor. Siden likevektspunktet flytter seg til høyre og nedover i diagrammet innebærer dette at det

²⁵ NOU 1979: 32; Formuesrettslig lempningsregel

²⁶ Ot. prp. Nr. 5(1982-1983); Generell formuesrettslig lempningsregel

samfunnsøkonomiske overskuddet øker. Sett fra et samfunnsøkonomisk effektivitetssynspunkt er det altså ønskelig med frikonkurranse, selv om produsentenes fortjeneste blir mindre.



Figur 7; Modell for kontraktsrevisjon

Etter hvert som markedet utvikler seg vil eldre avtaler relativt sett få en større fortjeneste enn nye. Når produsentene etter hvert får en svært liten fortjeneste vil de søke å ikke å inngå avtaler. I tillegg vil de forsøke å få revidert allerede inngåtte avtaler som er lite lønnsomme. For konsumentene vil det motsatte være tilfelle. De vil pga lave priser ønske flere avtaler. Sett fra et samfunnsøkonomisk effektivitetssyn ønskes det at flest mulig avtaler inngås. En vid mulighet for revisjon pga lav lønnsomhet ville føre til at produsentene ville inngå flere avtaler. Dette vil i så fall stride mot prinsippet om at avtaler skal holdes samtidig med at en opprettholdt en virksomhet som kanskje på sikt ikke var lønnsom.

I et marked med dynamisk konkurranse vil imidlertid noe annet skje. I dynamiske konkurransen vil etterspørselen føre til at produkter med lav fortjeneste pga relativt gamle produkter, produksjonsteknologi og arbeidsprosesser, blir erstattet med nye løsninger og produkter. Fortjenesten vil da igjen blir interessant for produsentene. En vid adgang til å revidere avtaler som følge av ”urimelig lav fortjeneste” vil derfor forsinke effekten av den dynamiske konkurransen og dermed en sunn utvikling av næringslivet. En vid adgang til avtalerevisjon ville dermed føre til at den samfunnsøkonomiske effektiviteten blir mindre enn den ellers kunne ha vært. På den annen siden vil muligheten for kontraktsrevisjon kunne føre til at produsentene ikke vil være så forsiktig med å inngå nye avtaler, noe som jo er samfunnsøkonomisk effektivt. En slik løsning vil imidlertid kanskje føre til et noe mindre samfunnsøkonomisk overskudd i et velfungerende marked med dynamisk konkurranse.

Konklusjonen av den rettsøkonomiske drøftelsen over er at økonomisk teori ikke generelt kan gi et klart svar om hvorvidt urimelige lave fortjenester bør gi grunnlag for avtalerevisjon. En bør derfor vurdere forholdet nærmere i hvert enkelt tilfelle.

2.4.2 Bristende forutsetninger, force majeure og urimelighet

Overfor har en prøvd å drøfte kontraktsrevisjon i et rettsøkonomisk perspektiv. I det følgende vil en sammenligne konklusjonene fra drøftelsene med Høyesteretts praksis på området. Siden antall avtaler som ønskes revidert pga fysisk umulighet eller at de har blitt svært farlige å gjennomføre er svært lite, vil effekten på den totale samfunnsøkonomiske effektivitet bli relativt liten. Det antas at det samme gjelder force majeure forhold.

Det er altså Høyesteretts vurdering av avtalerevisjon på grunn av at avtalen har blitt mer byrdefull å oppfylle, som det er interessant å vurdere nærmere. Særlig der balansen i kontraktsforholdet er forrykket etter avtaleinngåelsen er av interesse. Om revisjonsårsaken kalles bristende forutsetninger eller urimelighet etter avtl. §36 er for så vidt mindre interessant i et rettsøkonomisk perspektiv. Det er imidlertid litt forskjell på rettsvirkningene av forutsetningslæren og urimelighetslæren. Således er det bare urimelighet etter avtl. § 36 som kan føre til endring av kontrakten. Dette forholdet vil i første omgang ikke bli vurdert nærmere. En mer inngående rettsøkonomisk vurdering av avtl. §36 er inntatt i Tidsskrift for Rettsvitenskap under tittelen ”Avtalelovens §36 og økonomisk effektivitet”²⁷. Det henvises til denne artikkelen for en mer detaljert drøftelse av rettstilstanden på dette området inntil 1995.

Siden urimelighetsstandarden ble innført så sent som i 1983, vil også avgjørelser i Høyesterett om bristende forutsetninger før dette, ha interesse.

På ett område er avtaleinstituttet blitt særlig satt på prøve, nemlig ved oppjustering av langvarige festekontrakter pga endringer i pengeverdien. I Høyesteretts avgjørelse i ”Madla-dommen”²⁸ opprettholdt retten det nominalistiske prinsipp. Selv om urimeligheten var stor, hadde ikke Høyesterett hjemmel for å endre festeavtalen, verken i avtalen selv, i lov eller etter forutsetningslæren. Det var først ved plenumsavgjørelsen i ”Røstad-dommen”²⁹ at Høyesterett etter dissens 11-6 kom til at avtalen kunne revideres pga urimelighet etter den nye avtl. §36. Dette ble videreført i Høyesteretts enstemmige avgjørelse i ”Skjelsvik-dommen”³⁰. Festeavgiften var i den siste saken sunket til under en syvendedel av den opprinnelige verdien. I ”Røstad-dommen” innebar avtalen at den ikke kunne sies opp og heller ikke var det adgang til oppregulering av avtalen. Det var i begge

²⁷ Trine Lise Wilhelmsen i Tfr 1/1995

²⁸ Rt 1958 529

²⁹ Rt 1988 276

³⁰ Rt 1988 295

tilfellene oppstått en betydelig ubalanse mellom partene som det ikke var utsikt til å skulle endres. I dommene har hensynet til urimelighet vært veid mot hensynet til at avtaler skal holdes. Så lenge retten ikke hadde et formelt grunnlag for å revidere avtalene, kunne revisjon ikke skje. Det var lovgivers oppgave å endre rettstilstanden. Høyesterett har på denne måten i disse tilfellene vært en konservativ garanti for at samfunnsøkonomisk effektivitet gjennom prinsippet om at avtaler skal holdes, har vært gjennomført. Også ved kun å tillate revisjon ved svært store ubalanser, i tråd med lovgivers forutsetning om at §36 skulle virke som en sikkerhetsventil, har Høyesterett bidratt til samfunnsøkonomisk effektivitet.

At det skal mye til for å revidere en avtale pga urimelighet har Høyesterett senere bekreftet i eksempelvis ”Produksjonsavgifts-dommen”³¹. Her førte en uforutsett pålagt offentlig produksjonsavgift for konsesjonskraft til at en kommune ikke fikk medhold i en forhøyelse av en avtalt pris. Høyesterett kom til at terskelen for å revidere avtaler imellom profesjonelle aktører måtte være høy både i forhold til læren om bristende forutsetninger og avtl. §36. Høyesterett trekker også inn at urimelighetsvurderingen må bygge på en totalvurdering av den fordeling av ulemper og fordeler som kraftutbyggingen har ført til for utbygger og kommune. Rettsøkonomisk kan en her si at Høyesterett følger nytte- kostnads ideer med utspring i Kaldor Hicks teorem om samfunnsøkonomisk effektivitet i vurderingen av om avtaler skal holdes.

Urimelighetsstandarden i avtl. §36 er i likhet med forutsetningslæren ment å gjelde generelt. I eksempelvis husleieforhold har Høyesterett benyttet §36 til å supplere husleielovens §35, jfr. ”Nora- dommen”³². Retten kom her til at hver part i en avtale normalt må ta risikoen for hvordan forholdene ville utvikle seg i løpet av kontraktstiden. Krav om nedsettelse av husleie i en leieavtale på 10 år pga betydelig svikt i markedsleienivået ble ikke tatt til følge. Igjen statuerer altså Høyesterett at det skal svært

³¹ Rt 2000 806

³² Rt 1994 38

mye til for å revidere avtaler i forretningsforhold mellom jevnbyrdige parter. På denne måten understøtter Høyesterett avtaleinstituttet, og dermed samfunnsøkonomisk effektivitet.

I entrepriseforhold kan prinsippet om at avtaler skal holdes få meget store bedriftsøkonomiske og dermed også samfunnsmessige konsekvenser. I Høyesteretts avgjørelse i ”Salhusbrodommen”³³, fikk en entreprenørkonstellasjon ikke medhold i et tilleggskrav for merutgifter på 82 mill kr i en kontrakt på 453 mill kr om bygging av en flytebro. Entreprenøren ble her ansett nærmest til å bære risikoen for at utførelsesarbeidet ble mer komplisert og kostbart. Problemene med sveising av høyfast stål var kjent i sveisebransjen, men kanskje ikke like godt kjent hos byggherren, selv om det var byggherren som godkjente valget av ståltype. Resultatet var i tråd med rettsøkonomisk tenkning om å plassere ansvar hos den som med lavest kostnader kan hindre uhell. Tre dommere bygget sin avgjørelse på læren om bristende forutsetninger, mens to dommere bygget på avtalelovens §36. Alle kom imidlertid til at det ikke var grunnlag for revisjon.

Det å ikke få betaling for en så stor mengde tilleggsarbeid, vil kunne føre til konkurs. For bedriften og samfunnet kan en da spørre seg om dette er samfunnsøkonomisk effektivt, særlig i dette tilfelle der motparten var staten ved Statens vegvesen. En samfunnsøkonomisk nytte- kostnadsanalyse ville her kanskje ha kunnet gitt informasjon om de videre samfunnsøkonomiske konsekvenser og som Høyesterett kanskje kunne ha benyttet som et reelt hensyn i saken. På en måte kan en kanskje si at en for stivbent overholdelse av prinsippet om at avtaler skal holdes, kanskje kan skade selve avtaleinstituttet. Uten en mulighet til å komme seg ut av en avtale eller å kunne revidere en urimelig avtale vil partene være forsiktige med å inngå avtaler. Partene ønsker normalt ikke at avtalen skal bli en tvangstrøye. En kontraktsrevisjon i dette tilfelle ville kanskje derfor heller ha styrket avtaleprinsippet og dermed samfunnsøkonomisk effektivitet.

³³ Rt 1999 922

I Høyesteretts avgjørelse om ”Oslofjordtunellen”³⁴, kom Høyesterett til et annet resultat enn i Salhusbro- dommen. Igjen gjaldt forholdet merutgifter, denne gang som følge av uforutsette omfang av løsmasser. Her var det ikke tvilsomt at staten hadde risikoen for omfanget av løsmassene. Entreprenøren fikk medhold i sin forståelse av hva merutgifter innebar. Høyesterett brukte avtaletolkning som mekanisme for revisjon i stedet for å revidere etter prinsippet om bristende forutsetninger eller urimelighet etter avtalelovens §36. På en måte kan en si at rettsøkonomisk sett er dette kanskje den måten som forsvarer prinsippet om at avtaler skal holdes best. Høyesterett holder seg innenfor avtalen og trekker ikke inn andre forhold. I de overfornevnte dommene er det nettopp slik Høyesterett arbeider. En søker først om kontrakten i seg selv ved tolkning kan gi rom for revisjon pga uventede forhold, før en unntaksvis reviderer avtaler på annet grunnlag. Dette anses som samfunnsøkonomisk effektivt på den måten at Høyesterett er med på å styrke avtaleinstituttet og å redusere eventuelle risikotillegg.

³⁴ Rt 2005 788

3 RETTSØKONOMISKE RESONNEMENT VED OPPFYLLELSESSVIKT

3.1 Rettstilstanden og rettsøkonomi

Med oppfyllelssessvikt i kontraktsforhold menes avvik fra riktig oppfyllelse rent objektivt sett. Skyldes oppfyllelssessvikten forhold som debitor svarer for, er vilkåret for kontraktsbrudd oppfylt. Motsatt kalles oppfyllelssessvikt fra kreditor kreditormora.

Når det gjelder tvisteløsninger, skiller en mellom formelle fremgangsmåter og materielle krav. Avtaleinstituttet forutsetter for det første at det finnes en formell fremgangsmåte som rettssamfunnet stiller seg bak. Uten slike regler vil materielle sanksjoner bli lite verdt. Tvisteloven³⁵ har derfor regler om blant annet mekling og rettergang i sivile tvister. Loven innebærer også regler som har rettsøkonomiske implikasjoner, eksempelvis ønskelig omfang av bevis. Disse vil imidlertid ikke bli behandlet nærmere her.

Når det gjelder den materielle effektiviteten i sanksjonene, ønskes disse som middel for å avskrekke allmennpreventivt. Misligholdsbeføyelsen har også en rettledende funksjon for partene ved rettsbrudd, dersom ikke annet er avtalt. Sanksjoner er nødvendig for å sikre at avtaler i størst mulig grad skal holdes. I utgangspunktet er det ønskelig at avtaler inngås og at flest mulig av dem holdes. Det er av liten verdi at avtaler inngås, dersom de ikke holdes. Respekten for avtaleinstituttet er avhengig av at avtaler for det meste holdes. Det ville være helt samfunnsøkonomisk uholdbart dersom et flertall av avtaletvister skulle havne i retten. De lovbestemte sanksjonene må derfor i utgangspunktet virke allmennpreventivt ved å være tydelige og oppfyllelssessvikt må ha relativt strenge sanksjoner. På den annen side vil et rigid lovverk med strenge sanksjoner føre til store risikotillegg og noen ganger urimelige resultater.

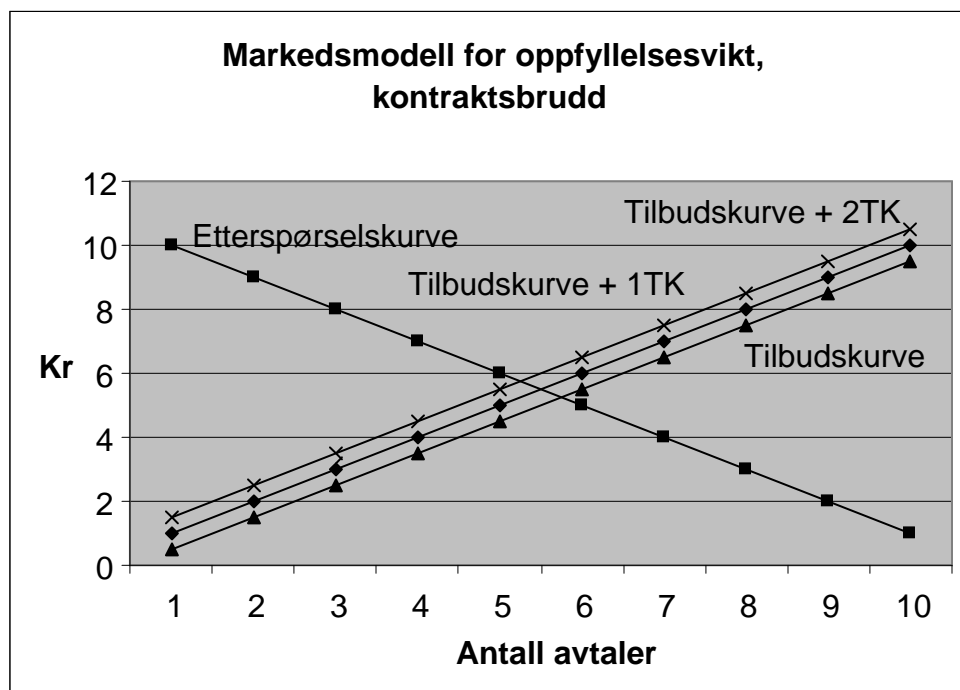
Fra et overordnet rettsøkonomisk perspektiv i forhold til kontraktsbrudd og kreditormora er det særlig to forhold som er av interesse; vilkår for oppfyllelssessvikt og effektiviteten i

³⁵ Lov om mekling og rettergang i sivile saker (Tvisteloven) av 17 juni. 2005. Nr.90

sanksjonssystemet. Avhengig av strenghet i vilkår og effektivitet i sanksjoner vil begge forhold føre til risikotillegg for partene i form av transaksjonskostnader. I modellen for et fullkomment marked er det forutsatt at det ikke er noen risiko ved å inngå avtaler. Dette er åpenbart ikke riktig. Transaksjonskostnader kan, avhengig av størrelsen, føre til at samfunnseffektive avtaler ikke blir inngått. Transaksjonskostnader fører til et negativt skift i tilbudskurven og et positivt skift i etterspørselskurven. Dette innebærer at antall avtaler som inngås blir mindre. Utfordringen for lovgiver og Høyesterett er derfor å søke å redusere slike risikotillegg. Dersom det skal lite til for å konstatere kontraktsbrudd, vil dette føre til relativt store risikotillegg. Ønsker en derimot lave risikotillegg og dermed at flere avtaler inngås og holdes, må en altså sørge for at det skal mye til for å konstatere kontraktsbrudd. Er risikotillegg ikke til å unngå, er rådighetsplassering en mulighet for å oppnå at avtaler allikevel inngås og dermed samfunnsøkonomisk effektivitet. Etter Coase-teoremet (svak versjon), vil en kunne oppnå Pareto-effektiv ressursutnyttelse hvis den rettslige allokeringen av rettigheter initialt er lik den som forhandlinger uten transaksjonskostnader ville ha ledet til. Eller slik som det betingede, normative Hobbess teorem sier; hvis man ønsker effektivitet, bør rettsreglene fordele rettigheter til den som verdsetter dem høyest.

De fleste sanksjonene i lovverket virker allmennpreventivt og anses for å være relativt strenge. Ved individuelle avgjørelser er kanskje ikke det allmennpreventive aspektet like sterkt tilstede. Lover med skjønnsbestemmelser vil dermed kunne føre til en individuell tilpassning i hvert enkelt tilfelle i domstolene. På denne måten kan en oppnå en balanse mellom hensynene; strenge lovkrav for å sikre avtaleinstituttet gjennom avskrekking samt skjønnsbestemmelser som gir fleksibilitet og dermed reduksjon i risikotillegg. Mens de strenge lovkravene gir økning i transaksjonskostnadene vil skjønnsbestemmelser altså føre til at transaksjonskostnadene reduseres. Prinsippet er generelt vist i figur 8. Som en ser vil det samfunnsøkonomiske overskuddet relativt sett øke mer med fleksible løsninger, (+1TK) enn strenge krav, (+2TK). Dødvektstapet vil tilsvarende reduseres. Sett fra et samfunnsøkonomisk perspektiv er det således en fordel om domstolene bruker

skjønnsbestemmelser i lovverket på en nyansert måte som sikrer at transaksjonskostnadene blir minst mulig samtidig som en ikke mister respekten for lovverket og den allmennpreventive virkningen.



Figur 8; Effekt av risikotillegg som følge av lovbestemmelser

Høyesteretts avgjørelser om grensen for kreditormora og kontraktsbrudd vil i det følgende bli drøftet og vurdert i lys av rettsøkonomiske forhold. Utgangspunktet for Høyesterett vil være lovverket og andre rettskildefaktorer, de lege lata. Dernest vil de enkelte sanksjonene bli drøftet og vurdert i et rettsøkonomisk perspektiv.

3.2 Kreditormora og rettsøkonomiske resonnement

3.2.1 Oppfyllelesssvikt fra kreditor

Oppsummeringsmessig kan en si at kjøper er i kreditormora når han ikke kan eller vil motta ytelsen, eller at han for øvrig ikke yter den medvirkning han plikter for at avtalen kan oppfylles. Dersom kjøper enten ikke betaler, betaler for sent eller ikke medvirker til kjøpet, kan selger heve kjøpet dersom kontraktsbruddet er vesentlig, jfr kjl.§54 og §55. I forhold til mislighold fra debitor kan mislighold fra kreditor sjeldnere kalles vesentlig³⁶. Eksempelvis blir ikke misligholdt betaling vesentlig selv om den har vart en tid. Årsaken til dette er at en kontraktspart normalt lider langt mindre skade og ulempe ved å ikke få betaling i tide, enn det er for kreditor å ikke få oppfyllelse. Dessuten kan debitor få gjennomført andre sanksjoner som fører til at han holdes skadesløs. Slik er det ikke med kreditor.

Heving etter kjl. §55 andre ledd, gjelder bare der selger har en særlig interesse av å bli av med ytelsen. Etter forarbeidene kan selger først og fremst heve der det å bli av med tingen har et selvstendig formål utenfor den rent foretningmessige interessen³⁷, eksempelvis ved salg av varer fra lager som skal tømmes. Sanksjonene ved kreditormora er krav om oppfyllelse, heving og erstatning samt at selger kan holde ytelsen tilbake eller kreve renter, jfr kjl. §51. Partene kan imidlertid avtale andre løsninger, jfr kjl. §3.

Fra et rettsøkonomisk synspunkt kan det se ut til at det i forhold til lovverket skal svært mye til for å konstatere vesentlig kontraktsbrudd og dermed rett til heving ved kreditormora. Reglene virker dermed i utgangspunktet ikke særlig avskrekkende eller til hinder for å inngå avtale. Øvrige sanksjoner om rett til oppfyllelse, erstatning og detensjonsrett, anses heller ikke å være spesielt strenge. Det å inngå avtaler anses derfor i utgangspunktet ikke å medføre store risikotillegg for kjøper pga vilkår og sanksjoner ved mislighold fra kjøper. Dette er ansett som en fornuftig løsning i utgangspunktet da det er en forutsetning for avtale at det finnes en kjøper som er villig til å ta en viss risiko. På denne

³⁶ Viggo Hagstrøm s. 615

³⁷ Ot prp nr. 80(1986-1987)

måten er rådigheten i utgangspunktet også plassert hos kjøperen. Dessuten vil avtale, etablert praksis mellom partene eller handelsbruk eller annen sedvane som anses bindende mellom partene, gå foran kjøpslovens bestemmelser, jfr. kjl. §3. Fra dette utgangspunktet er det i andre lovområder gjort preseptoriske inngrep særlig i forhold mellom forbrukere og en sterkere part, eks forbrukerkjøpsloven, bustadoppføringsloven og avhendingsloven. I disse områdene kan det se ut til at etiske hensyn går foran rettsøkonomiske hensyn. Hvordan rettspraksis har utviklet seg på området vil derfor være av interesse for nærmere å klarlegge betydningen av rettsøkonomi ved avgjørelsene.

At etiske hensyn lenge har spilt en rolle i Høyesteretts praksis viser avgjørelsen i ”Husleiedommen”³⁸. Her fikk ikke en husvert medhold i en begjært utkastelse etter at leietaker ikke hadde betalt husleie i ca. 5 år. Leietakeren hadde forgjeves forsøkt å betale en lavere sum da det var tvist om husleiearealet. Høyesterett uttaler at ”Leieboerens hjemmel kan ikke sies å være uholdbar hvis det foreligger kreditormora fra husvertens side”. I denne avgjørelsen ser altså hensynet til den svakere part, leietaker, ved tolkningen av avtalen ut til å være av stor betydning. Samtidig fører dommen til at avtalen fortsettes, noe som er i tråd med prinsippet om at avtaler skal holdes og dermed samfunnsøkonomisk effektivitet. Det er altså ikke alltid et motsetningsforhold mellom prinsippet om at avtaler skal holdes og etiske hensyn. Etter Coase svake teorem spiller det ingen rolle for å oppnå samfunnsøkonomisk effektivitet hvem som har rådigheten dersom transaksjonskostnadene er null. I dette tilfelle må en anta at transaksjonskostnadene er neglisjerbare. Fra et rettsøkonomisk synspunkt spiller det altså ingen rolle hvor Høyesterett har plassert risikoen. Dommen kan derfor sies å innebære en samfunnsøkonomisk riktig løsning. Det å ivareta etiske hensyn fører i dette tilfelle til at samfunnsøkonomisk effektivitet samtidig oppnås.

³⁸ Rt 1951 829

Kjøper fikk i ”Eldreboligdommen”³⁹ medhold av flertallet i Høyesterett i å holde kjøpesummen tilbake pga usikkerheter om hvorvidt eiendommen kunne bygges ut som forutsatt. Kjøper og selger var nær likestilt og etiske hensyn spilte da ingen rolle. Kjøperen som i dette tilfelle var en entreprenør, kjøpte en tomt av en kommune. Det viste seg at fornminner på tomten førte til betydelige reduksjoner i utbyggingen av tomten. Selv om det ved forhandlinger mellom partene ble funnet en løsning som entreprenøren aksepterte, kom Høyesterett til at usikkerheten ved utbyggingens omfang var meget godt underbygd. Flertallet sa; ”Jeg har vanskelig for å se at en kjøper skal være forpliktet til å erlegge kjøpesummen i alle tilfeller der det er oppstått tvil om eiendommen er kontraktsmessig”. Høyesterett legger stor vekt på mangelfulle undersøkelser i forkant av kommunen. Kjøper ble altså ikke funnet å være i kreditormora ved ikke å betale kjøpesummen og kunne derfor ikke dømmes til å betale morarenter for forsinket betaling.

Dommen medfører at avtalen ble beholdt, noe som i utgangspunktet er i tråd med det fundamentale prinsippet om at avtaler skal holdes og samfunnsøkonomisk effektivitet. Heller ikke ble det idømt forsinkelsesrenter. Dette er også i tråd med lovens regler og forarbeider om at det skal svært mye til for at kreditormora skal konstateres. Kreditor trenger altså ikke å ta høyde for et spesielt risikotillegg pga av faren for kreditormora. Også dette er rettsøkonomisk fordelaktig ved at transaksjonskostnadene reduseres. Trusselen om kreditormora virker allmennpreventivt ved lovbestemmelsen. I den individuelle avgjørelsen er det imidlertid opp til domstolene å avgjøre. Dommen er en dissens 3-2 dom.

Domsresultatet kan derfor ikke sies å være opplagt. Det at Høyesteretts flertall kommer til at det ikke foreligger kreditormora, er på en måte et godt resultat sett fra et rettsøkonomisk synspunkt. En har tatt utgangspunkt i avtalen og reguleringsbestemmelsene og på denne måten tatt vare på det allmennpreventive aspektet. Samtidig har en kommet til at det ikke forelå kreditormora ved den individuelle avgjørelsen. På denne måten kan en si at Høyesterett spiller på lag med lovgiver; en beholder det allmennpreventive aspektet ved

³⁹ Rt 1997 90

omtale av trusselen om kreditormora, mens en samtidig ved en individuell vurdering reduserer effekten, men bare i det individuelle tilfellet, jfr figur 8 over. Rettsøkonomisk kan en se på lovbestemmelsene om kreditormora som en transaksjonskostnad, mens Høyesterettsdommen kan sees som det motsatte, dvs en reduksjon i transaksjonskostnadene. Denne dommen er derfor helt i tråd med samfunnseffektiv utnyttelse av ressursene. Rådighetsfordelingen taler også for at dommen går i riktig retning i forhold til samfunnsøkonomisk effektivitet. Siden transaksjonskostnadene i entrepriseforhold neppe er små, bør en etter Hobbess betingede normative teorem sørge for at rådigheten plasseres hos den som verdsetter den mest. I dette tilfelle er kjøperens utsikt til fortjeneste helt avhengig av utbyggingsomfanget og er trolig vesentlig større enn fortjenesten for kommunen ved tomtosalget. Kjøperen vil da, forutsatt at denne er en rasjonell aktør, verdsette avtalen mest.

3.3 Kontraktsbrudd/mislighold og rettsøkonomiske resonnement

3.3.1 Oppfyllelessvikt fra debitor

Også ved fare for oppfyllelessvikt fra debitor ved mislighold vil kjøper ofte måtte beregne et risikotillegg i sitt tilbud. Dette er en form for transaksjonskostnader som følge av risikoen det er å inngå en avtale som kanskje ikke blir gjennomført eller blir gjennomført beskåret. Lovgiver ønsker å sanksjonere mislighold. Stortinget har derfor laget regler om vilkår og virkninger av kontraktsbrudd. I utgangspunktet er lovreglene gitt som deklatoriske regler, dvs at en kan avtale andre regler enn det som loven foreskriver samtidig med at en dermed ikke mister retten til det offentlige bistand ved rettshåndhevelse ved oppfyllelessvikt. Dette er typisk sagt eksplisitt i kjl. §3. Fra dette utgangspunktet er det gjort avvik ved preseptoriske bestemmelser i en del lover, særlig i forbindelse med avtaler mellom en sterk part og en svakere part, typisk i forbrukerforhold. Her kommer også internasjonale konvensjoner inn og påvirker rettstilstanden i Norge,

eksempelvis Konvensjonen om internasjonale løsørekjøp⁴⁰, samt reglene om de fire friheter i EU/EØS- samarbeidet, jfr EØS-loven⁴¹. Formålet med de internasjonale avtalene er å redusere transaksjonskostnadene samt å gjøre markeder mest mulig atomistiske, dvs at markedet har konstante priser som en følge av en statisk konkurranse med tilstrekkelig antall kjøpere og selgere.

Det er i utgangspunktet kjøpsloven som generelt sett regulerer kontraktsbrudd. Det finnes som tidligere nevnt en del spesiallover innen kontraktsretten. I den videre drøftelse vil en ta utgangspunkt i rettspraksis med basis i kjøpsloven da denne for en stor grad er en felleslov. Det som særlig skiller spesiallovene fra kjøpsloven er fordeling av rettigheter og plikter mellom partene.

I kjøpslovens forarbeider⁴² signaliseres det en endring av styrkeforholdet mellom partene i misligholdssituasjoner. Således defineres mangler i §17 noe videre enn det som fulgte av gjeldende rett. Selgerens ansvar for opplysninger om tingen utvides også noe, jfr. §18. Videre får kjøperen en rett til å kreve avhjelp ved mangler, jfr §34. Selgeren får en tilsvarende rett til å avhjelpe mangler i §36. Videre utvides selgerens ansvar for rettsmangler, jfr §41. Det innføres prinsipielle endringer i erstatningsreglene, uten at dette går utover balansen mellom partene. Det uttales videre at ”Samlet sett må det trolig antas at utkastet innebærer en viss styrkning av kjøperens stilling på bekostning av selgeren”.

⁴⁰ Konvensjon om internasjonale løsørekjøp av 13 mai. Nr. 426

⁴¹ Lov om gjennomføring av norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske samarbeidsområdet(EØS) mv. av 27 nov. Nr. 109. 1992

⁴² Ot. prp nr. 80 (1986-1987), kapittel 4.3 ”Administrative og økonomiske konsekvenser for private”

3.3.2 Mangler og forsinkelser som vilkår for misligholdsbeføyelser

Det er særlig to forhold som kan utløse misligholdsvirkninger mot debitor; for sen levering og mangelfull levering av ytelsen. Grunnlaget for misligholdsvirkningene er oppfyllelesssvikt og kalles ofte kontraktsbrudd der debitor er ansvarlig for misligholdet. Vilåårene for om det foreligger et kontraktsbrudd beror på en todelt vurdering. For det første må det objektivt fastslås etter en sammenligningsvurdering at det som faktisk fysisk er prestert eller for sent levert avviker fra kontraktens innhold og tolkningen av denne. For det andre må svikten ligge i et forhold som debitor har risikoen for.

Ved avgjørelsen av om noe er mangelfullt eller for sent levert er utgangspunktet det som er avtalt mellom partene. Her har imidlertid lovgiver gitt deklarasoriske utfyllende regler i blant annet kjøpsloven, jfr eksempelvis kjl §17 "Varens egenskaper". Bestemmelsen kan brukes til utfylling av avtalen ved fastsettelsen av det nærmere innhold i det som skulle ha vært levert. For å tydeliggjøre hvem som har risikoen for et kontraktsbrudd har lovgiver gitt nærmere regler om selgers opplysningsplikt i §18 i kjøpsloven, mens den tilsvarende regelen for kjøpers undersøkelsesplikt er gitt i §31. Kjøper må eventuelt reklamere mot mangelen innen bestemte tidsfrister, jfr kjl. §§32- 33.

Varen skal altså være kontraktsmessig. Hva som er kontraktsmessig vil bero på en helhetlig vurdering i hvert enkelt tilfelle, noe som også innebærer et dommerskjønn. Når det gjelder mangelsvurderingens første del; om det som er prestert objektivt sett avviker fra det som etter en tolkning av avtalen er avtalt, vil Høyesteretts holdning føre til flere interessante virkninger sett ut fra et rettsøkonomisk perspektiv. I utgangspunktet vil Høyesterett vektlegge partenes felles forståelse ved tolkningen av avtalen. Ved tvist er det neppe en felles forståelse slik at Høyesterett er friere i sin vurdering. Fortsatt er imidlertid kutymen og sedvanerett viktig, selv om lovens ordlyd og forarbeider også får betydning. Høyesterett er nokså bundet av disse autoriserte rettskildefaktorene, men også reelle hensyn kan spille en rolle. Samfunnsøkonomiske hensyn vil dermed kunne benyttes i vurderingene. Der Høyesterett inntar en streng holdning til mangelsspørsmålet, dvs at det skal mye til for å

konstatere en mangel, vil dette føre til at kjøper må legge til et relativt stort risikotillegg. Skal det derimot lite til for å konstatere en mangel, kan kjøper redusere sitt risikotillegg samtidig som selger tilsvarende må øke sitt risikotillegg. Det er ut fra dette vanskelig å fastslå hva som er samfunnsøkonomisk mest effektivt siden en økning i transaksjonskostnadene hos en av partene vil føre til en reduksjon hos den andre. Totalt sett vil en alltid få en transaksjonskostnad.

Lovgiver har satt en strengere grense for mangelsvurderingen ved en type sanksjon, nemlig heving av avtalen. Her kreves det vesentlig kontraktsbrudd som vilkår, jfr kjl. §39, første ledd. Lovgiver ønsker altså derfor først og fremst at partene i en avtale skal forsøke andre løsninger før en tyr til hevning som sanksjon. I et rettsøkonomisk perspektiv kan dette sees på som et uttrykk for at avtaler skal holdes. Bestemmelsen er med på å opprettholde respekten for avtaleinstituttet og virker dermed allmennpreventivt. Hva Høyesterett har vurdert å være vesentlig kontraktsbrudd, er interessant ut fra et samfunnsøkonomisk perspektiv og er derfor drøftet nærmere nedenfor.

For å kunne påberope seg kontraktsbrudd må mangelen eller forsinkelsen skyldes forhold som debitor har risikoen for. Som vist over gir ikke en analyse av mangelsproblematikken et klart svar på om hva som er samfunnsøkonomisk mest effektivt. Transaksjonskostnadene vil totalt sett være der uavhengig av hvor strengt Høyesterett tolker mangelsbegrepet. En riktig fordeling av rådigheter kan imidlertid føre til forbedringer i det samfunnsøkonomiske effektiviteten. Det blir derfor kanskje mer interessant å se på hvordan lovgiver og Høyesterett gjennom sin praksis har fordelt risikoen for mangelen, særlig gjennom reglene om opplysnings- og informasjonsplikt. Etter det betingede normative Coase- teoremet bør rettsreglene utformes slik at de reduserer eller helst fjerner hindringer for private aktører, dersom en ønsker effektivitet. Videre sier det betingede, normative Hobbess teorem at ønskes effektivitet, bør rettsregler fordele rettigheter til den som verdsetter dem høyest. Det kan neppe konstateres at dagens regler fjerner hindringer som påfører aktørene transaksjonskostnader. For det er de ansett for å ikke være helt entydige og enkle. Derimot

er det av mer interesse å vurdere hvordan Høyesterett i praksis har vurdert rådighetsfordelingen i forhold til dem som verdsetter den høyest.

Det er opplagt at det ikke kan være en ubegrenset opplysningsplikt for selger. Samfunnsøkonomisk vil det være for ressurskrevende for en selger å måtte gi fullstendig informasjon om alle tenkelig uhell og ulykker som kan oppstå ved forskjellig bruk av produktet. Spørsmålet er derfor hvordan Høyesterett har brukt sitt skjønn ved mangelsbedømmelsen ved avveiningen av opplysningsplikten sett ut fra et samfunnsøkonomisk perspektiv. Forholdet kommer på spissen der en aktør har en null-visjon om alvorlige ulykker med dødsfall som konsekvens som målsetting for sin virksomhet, som eksempelvis i Statoils olje- og gassvirksomhet. Spesielt er det interessant å vurdere nærmere hvordan Høyesterett har vurdert informasjon fra selger om at ytelsen er solgt som den er. Den videre drøftelsen vil derfor ta utgangspunkt i kontrakter uten egne bestemmelser om definisjon av mangler og for sen betaling. Det blir da de deklarasjoniske reglene i lovverket som sammen med avtalens øvrige bestemmelser som gir grunnlag for drøftelsene.

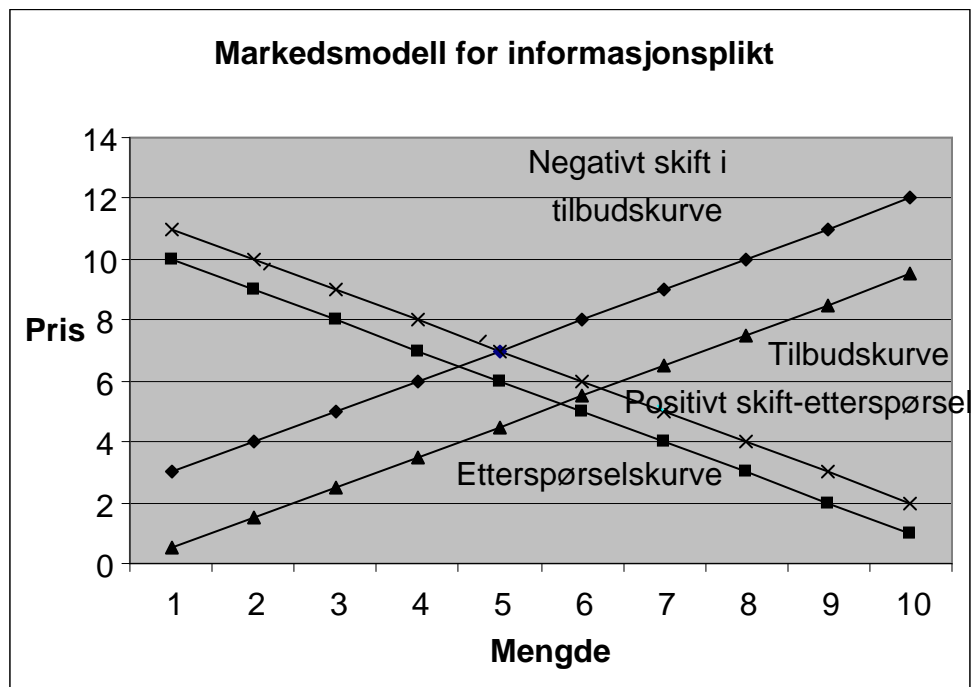
I utgangspunktet er informasjon om en vare til gunst for kjøper. Det vil imidlertid trolig være en grense her. Intuitivt kan det således se ut til at en utstrakt bruk av informasjonsplikt for selger vil føre til at det er kjøper som i siste hånd må dekke de meromkostninger en utstrakt informasjonsplikt vil påføre selgerne. Sett i et samfunnsøkonomisk perspektiv er dette kanskje ikke alltid tilfelle. Som vist av Eide⁴³ i en rettsøkonomisk analyse av en tilsvarende problemstilling om forholdet mellom retting og omlevering i ”Støvlethældommen”⁴⁴, førte endringer i rettigheter og plikter i kontraktsforhold ofte til andre fordelingsvirkninger enn det man umiddelbart skulle tro. Han kom frem til at ofte er det slik at en regel enten er til fordel for begge parter eller til ulempe for begge parter. Dette

⁴³ Eide; Retting eller omlevering – hva er mest forbrukervennlig? LoR vol 46, nr. 5 , 283-300

⁴⁴ Rt 2006 179

resultatet er ansett som litt uventet i forhold mellom motstridene interesser der en kanskje kunne forvente at en fordel for en part ville gå på bekostning av den annen.

I det følgende vil en forsøke å anvende den rettsøkonomiske modellen brukt av Eide i den overfornevnnte "Støvlethældommen", på informasjonsplikten i kjl. §18 og §19. Det forutsettes et fullkomment marked som et slags grensetilfelle. Monopolistiske markeder eller monopol vil ikke bli behandlet nærmere her. I figur 9 er markedsmodellen vist for et typisk marked der verken tilbud eller etterspørsel er konstant. Transaksjonskostnadene fører til et negativt skift i tilbudskurven og et positivt skift i etterspørselskurven. Den vertikale distansen mellom tilbudskurvene, k , representerer kostnadsøkningen for tilbyder pga informasjonsplikten, mens distansen mellom etterspørselskurven, v , representerer kjøpernes økte verdsettelse av produktet som følge av regelen om informasjon. Som det fremgår av figur 9 vil prisøkningen være høyere enn kostnadsøkningen for selgerne og lavere enn kjøpernes verdsettelse i dette tilfellet, dvs at begge parter vil ha fordel av regler om informasjonsplikt. Motsatt resultat vil være tilfelle der v er mindre enn k , da vil begge ha en ulempe. Det eneste tilfelle der ikke begge parter enten ikke vil ha fordel eller ulempe er nå tilbudskurven er horisontal, dvs at prisen er uavhengig av etterspørselen. Dette oppstår sjelden.



Figur 9; Markedsmodell for informasjonsplikt

Basert på overfornevnede drøftelse vil det nå bli fokusert på hvordan Høyesterett nærmere har vurdert opplysningsplikten og særlig med henblikk på rettsøkonomiske resonnmener. Av særlig interesse er der Høyesterett har vurdert informasjonsplikten der denne er særlig viktig for å unngå skade og ulykker.

I Høyesteretts avgjørelse i "Mobiltelefondommen"⁴⁵ fikk en part medhold i krav om heving av en avtale om kjøp av en mobiltelefon utover den absolutte reklamasjonsfristen på 2 år. Eieren hadde eiet telefonen i 2 år og 3 måneder før han reklamerte pga funksjonssvikt i tastaturet. Et av vilkårene for heving var etter Høyesteretts vurdering forbrukerens forventninger. Derfor tok retten utgangspunkt i opplysninger fra bransjen om at normal levetid vil være 3-4 år. Høyesterett forsvarte på denne måten avtaleinstituttet og dermed indirekte samfunnsøkonomisk lønnsomhet. Skal en prøve å benytte markedsmodellen på

⁴⁵ Rt 2007 s 1274

dette tilfelle, må en altså først forsøke å konstruere tilbuds- og etterspørselskurvene for dette markedet. På grunn av den store mengden som omsettes av mobiltelefoner, vil kostnadene for produsentene trolig være lineært stigende ved små mengder, for så å flate ut pga masseproduksjonsfordelen. Etterspørselskurven vil trolig være sterkt økende som funksjon av avtagende mengder. Ved omfattende regler om informasjonsplikt med tilhørende sanksjoner om heving, vil produsentene måtte ta høyde for dette i sine kostnader ved et negativt skift i tilbudskurven. Etterspørselskurven vil derimot få et positivt skift da kjøperne er villig til å betale mer for samme antall på grunn av sanksjonen om heving. Dersom levetiden av mobiltelefoner av tilbyder antas å være 3-4 år mens den faktiske levetiden er 2 år, vil tilbydere måtte regne med en relativt stort risikotillegg. Tilsvarende er det trolig ikke på kjøpersiden. En regner med at varen holder den kvalitet som det er informert om og er bare i begrenset grad villig til å betale mye mer for sikre opplysninger om levetiden. Situasjonen blir da svært lik den som er oppgitt i figur 9. På samme måte som det første tilfellet i eksempelet over i analysen av "Støvlethælden", vil trolig begge parter ha en ulempe pga av en sanksjonsbestemt regel om informasjonsplikt. Prisøkningen pga endringene i etterspørsel og tilbud er lavere enn kostnadsøkningen for selgerne og høyere enn økningen i kjøpernes verdsettelse. Samfunnsøkonomisk sett er derfor løsningen som lovgiver og senere Høyesteretts tolkning av rettssituasjonen i dette tilfelle kanskje ikke den mest effektive. Siden tilbudskurven er relativt flat pga stort omsatt volum vil kostnadene i hovedsak måtte betales av forbrukerne. En regel om informasjonsplikt som i utgangspunktet var ment som et forsvar av forbrukerinteressene vil således i et markedsøkonomisk perspektiv føre til at det er forbrukerne som vil måtte ta regningen i dette tilfellet.

Som det fremgår av Eides overfornevnte artikkel i Lov og Rett, må en være forsiktig med å trekke konklusjoner om samfunnsøkonomisk effektivitet og fordelingsvirkninger uten å etablere tilbuds- og etterspørselskurver i hvert enkelt tilfelle. Sentralt er det derfor blant annet viktig å vurdere kjøpers betalingsvillighet ved endrede betingelser.

I Høyesteretts avgjørelse i ”Takstmannsdommen”⁴⁶, fikk kjøper av et bolighus, solgt ”som han er”, medhold i krav om prisavslag som følge av mangler. I saken ble selger identifisert med takstmannen som hadde utarbeidet en takstrapport. Selger hadde derfor risikoen for at takstrapporten ble gjort tilgjengelig sammen med manglende opplysninger om eiendommen som kjøper kunne regne med å få, og som takstmannen kjente eller måtte kjenne til. I denne saken vil en også få et negativt skift i tilbudskurven pga transaksjonskostnadene ved blant annet å fremskaffe en takst fra en sakkyndig. Trolig er disse kostnadene relativt små for selger. Trolig vil tilbudskurven være økende for økende mengder omsatte boliger. Etterspørselskurven vil trolig derimot være relativt sterkt synkende med økende antall. Kjøpere vil pga behov for trygghet ved en relativt stor investering ha en relativt stor betalingsvillighet. Det innebærer et relativt stort positivt skift i etterspørselskurven. Situasjonen kan altså best beskrives som vist i fig 2 i den overfornevnte artikkelen av Eide. Prisøkningen pga endringene i etterspørsel og tilbud er i dette tilfelle trolig høyere enn kostnadsøkningen for selgerne og lavere enn økningen i kjøpernes verdsettelse. I tråd med konklusjonen fra Eides vurdering av ”Støvlethældommen”, vil trolig begge parter i dette tilfelle ha en fordel av å gjennomføre avtalen. Det er derfor samfunnsøkonomisk effektivt for begge parter generelt sett å bruke takstrapporter. Høyesteretts dom, som går i favør av kjøper i dette tilfellet, er gjennom risikoplasseringen også med på å styrke betydningen av takstrapporten. Selger kjenner jo normalt salgsobjektet og vil kunne redusere risikoen ved kjøpet med lavere kostnader enn kjøper. Risikoplasseringen i dommer anses derfor som ”riktig” i et samfunnsøkonomisk perspektiv.

Skjulte feil og mangler kan komme til syne etter en tids bruk. Slike mangler kan det være fristende for selger å ikke gi opplysninger om. Spørsmålet blir derfor hvem som har risikoen for feilene. I utgangspunktet går risikoen for kontraktsgjenstanden over på kjøper ved levering, jfr kjl. §13. Etter kjl. § 21, andre ledd, svarer imidlertid selger også for mangler som oppstår senere enn levering, dersom mangelen skyldes kontraktsbrudd. For

⁴⁶ Rt 2001 369

øvrig blir krav som ikke meldes innen en viss tid foreldet. I Høyesteretts dom i ”Lysfjordbroen”⁴⁷, kom forholdet på spissen. Saken gjaldt mangelfulle leveranser av stålkabler til en hengebro som kom til syne etter en tids bruk. Det omtvistede beløp var på over 20 mill kroner. Om produksjonsmessige forhold var årsaken til manglene i kablene, ble ikke påanket i Høyesterettsdommen. Tvisten handlet om reklamasjon og foreldelse. Resultatet av dommen var at foreldelsesfristen ikke var utløpt. Sett fra et samfunnsøkonomisk synspunkt er det utvilsomt en betydelig betalingsvillighet hos kjøper for å unngå skader i kabelen som ville kunne føre til kollaps av hele broen. Tilsvarende er det nok også av interesse for selger å levere kabler uten mangler. Tillegget hos selger vil nok trolig ikke være like stor, men noe må påregnes pga gjennomgang av rutiner og systemer og muligens også produksjonsopplegg. Kanskje må en påregne et risikotillegg i tillegg. Anvendes disse forholdene i markedsmodellen for informasjonsplikt over vil en se at begge parter vil ha en fordel av et visst risikotillegg i denne sammenheng. Resultatet er således helt i tråd med konklusjonene i Eides overfornevnte artikkel om ”Støvletthældommen”.

3.3.3 Misligholdsbeføyelser

Mislighold fra selgers side kan enten skyldes forsinkelser eller mangler. Ved forsinkelser kan kjøper i henhold til kjl. § 22 kreve oppfyllelse, heving og erstatning samt holde kjøpesummen tilbake. Etter kjl. § 30 kan kjøper ved mislighold fra selger som skyldes mangler ved leveransen, kreve retting eller omlevering (avhjelp), prisavslag, heving og erstatning samt holde kjøpesummen tilbake. Alle sanksjonene har som mål å sikre at avtaler holdes, ”Pacta sunt servanta”. Sanksjonene er nødvendige og vil føre til et risikotillegg for tilbyder og et negativt skift i tilbudskurven og et positivt skift i etterspørselskurven i markedsmodellen. Antall inngåtte avtaler vil gå ned samtidig med at prisen vil gå opp. Samtidig med at misligholdsbeføyelsene virker som sanksjoner virker de også som frivillig veiledning for oppgjør utenfor rettsapparatet ved kontraktsbrudd.

⁴⁷ Rt 2007 s 392

Lovgiver åpner altså for at avtaler ikke skal holdes for enhver pris. Det må være mulig å komme seg ut av svært tyngende avtaler på alternative måter, jfr kjl. § 23, avhl. § 4-2(1) annet alternativ, håndvtjl. § 14, husll. § 2-9, bustadoppfl. § 32. Både UNIDROIT Principles art. 7.2.2 litra b og PECL art. 9: 102(2) litra b utelukker naturaloppfyllelse dersom oppofrelsene ved denne er "unreasonable".

Ut fra det overordnede prinsippet om at avtaler skal holdes og at en samtidig ønsker et minst mulig risikotillegg som følge av mulige kontraktsbrudd, har lovgiver altså laget et sett av deklarasjoniske sanksjoner eller veiledninger i tilfelle kontraktsbrudd. På visse områder har lovgiver gjort reglene preseptoriske. Dette gjelder i særlig grad i forbrukerforhold. Utfordringen for lovgiver og rettsanvendere sett fra et rettsøkonomisk perspektiv blir å etablere en rettstilstand som sikrer effektiviteten av avtaleinstituttet ved sanksjonering av kontraktsbrudd, samtidig med at sanksjonene ikke fører til for store risikotillegg og dermed reduksjon i den samfunnsøkonomiske effektiviteten.

Lovgiver har sørget for strenge regler for heving og erstatning. Det kreves vesentlig kontraktsbrudd. For de andre sanksjonene er det ikke tilsvarende strenge vilkår. Hovedreglen blir derfor at det skal mye til for å heve avtalen. Andre sanksjoner som prisavslag og avhjelp blir i praksis sanksjonene som brukes og bør prøves før heving. Allerede i utgangspunktet har lovgiver på denne måten forsøkt å beskytte avtaler som effektive midler for å ordne økonomiske anliggender mellom parter. Noen ganger kan avtaler bli urimelig tyngende. Hadde det ikke vært andre og mildere sanksjonsregler enn heving og erstatning, ville parter derfor ha måttet vurdert risikotillegg nøyer før avtale ble inngått. Det ville ha ført til at færre avtaler enn ønskelig hadde blitt inngått, noe som ikke er samfunnsøkonomisk ønskelig.

Spørsmålet blir videre om de øvrige sanksjonene er attraktive slik at de brukes og ikke påfører partene for store risikotillegg. Partene vil da allikevel inngå avtaler. Dette vil i så fall føre til en økning i den samfunnsøkonomiske effektiviteten.

Er vilkår og virkninger også av disse mildere former for sanksjoner for strenge, eller føler partene at reglene blir håndhevet for strengt, fører det til at avtaler ikke inngås. På den annen side, vil for milde krav til disse formene for sanksjoner føre til at en i praksis ikke har sanksjoner utover hevingssanksjonen. Igjen vil det føre til at færre avtaler inngås. Det er altså en vanskelig ballanse særlig i bruken av sanksjonene og i valgene mellom sanksjonene. I det følgende vil en del drøfte rettsøkonomiske problematikker for hver av sanksjonstypene.

3.3.4 Dom for naturaloppfyllelse

I henhold til prinsippet om at avtaler skal holdes følger sanksjonen om dom for rett til naturaloppfyllelse. Dette gjelder ubetinget i norsk rett for pengeforpliktelser. For realforpliktelser er nok utgangspunktet det samme i tråd med kontinental rettstradisjon, selv om rettstilstanden kanskje ikke er like klar her. I anglo- amerikansk rett gjelder derimot en alminnelig regel om at det ikke er adgang til å få dom på naturaloppfyllelse, (*specific performance*).⁴⁸ At det er forskjeller i rettstilstanden i forskjellige rettstradisjoner er ikke unikt. Slik er det også på en rekke andre rettsområder. Det er imidlertid av interesse å drøfte valget mellom sanksjonene nærmere i en rettsøkonomisk sammenheng og dessuten undersøke om Høyesterett og eventuelt lavere retter argumenterer i overensstemmelse med rettsøkonomisk tenkning.

Lando og Rose⁴⁹ har undersøkt bruken av naturaloppfyllelse nærmere i tre europeiske land. De mener at dersom naturaloppfyllelse skal bli en attraktiv sanksjon for partene kreves det et kostbart system for tvangsgjennomføring. Siden offentlige myndigheter ikke har vært særlig velvillige til å lage et slikt system er naturaloppfyllelse som sanksjon ikke

⁴⁸ Hagstrøm, Viggo s 362.

⁴⁹ Lando, Henrik og Rose, Caspar; "On the enforcement of specific performance in Civil Law countries", i *International Review of Law and Economics* 24 (2004) 473-487

interessant for saksøker. Gjennomgang av praksis i Danmark, Frankrike og Tyskland viser at domstolene bare unntaksvis tvangsgjennomfører naturaloppfyllelse som sanksjon, og da i form av dagsbøter dersom avtalen allerede inneholder regler om det. Det vil si at partene vanskelig kan få hjelp av domstolene i å tvangsgjennomføre naturaloppfyllelse uten en stor risiko for å måtte betale en stor regning for dette selv. Alternativt ser forfatterne det heller som praktisk interessant å tillate sanksjonene retting eller dekningskjøp ved kontraktsbrudd. Disse elementene bør derfor spille en rolle ved reforhandling av kontrakten i stedet for naturaloppfyllelse.

I et rettsøkonomisk perspektiv er undersøkelsene av Lando og Rose interessant. Som tidligere nevnt kan det bli urimelig byrdefullt for en part å oppfylle. Det sees her bort fra forhold som skyldes bristende forutsetninger eller force- majeure forhold. Fortjenesten ved avtalen kan etter hvert for eksempel se ut til å bli et tap. Der tapet er ute av kontroll eller at tapet er mindre enn erstatning ved et kontraktsbrudd, kan det heller være interessant for selger å bryte avtalen for derigjennom å redusere tapet. Uten kontraktsbrudd kan bedriften kanskje gå konkurs, noe som jo ikke var meningen ved å inngå en kontrakt, og som kanskje den andre parten heller ikke er interessert i. Partene kan jo ha et langsiktig samarbeidsforhold. Selger er da tjent med ikke- levering, kontraktsbrudd. Sanksjonen heving og erstatning av den positive kontraktsretten vil kunne gi en mulighet til å begrense tapet. Selger kan da i prinsippet svare med krav om oppfyllelse.

Er det derimot slik at fortjenesten bare blir mindre enn forventet, vil parten kvie seg for å bryte kontrakten. Dette er jo egentlig ikke kjøpers problem, men det kan kanskje argumenteres med at kjøper kan bidra til løsning av lojalitetsgrunner. Samfunnsøkonomisk effektivitet er ikke avhengig av at begge partene har fortjeneste. Er kjøpers betalingsvillighet større enn selgers tilbud inklusive tap, vil løsningen allikevel være samfunnsøkonomisk effektiv.

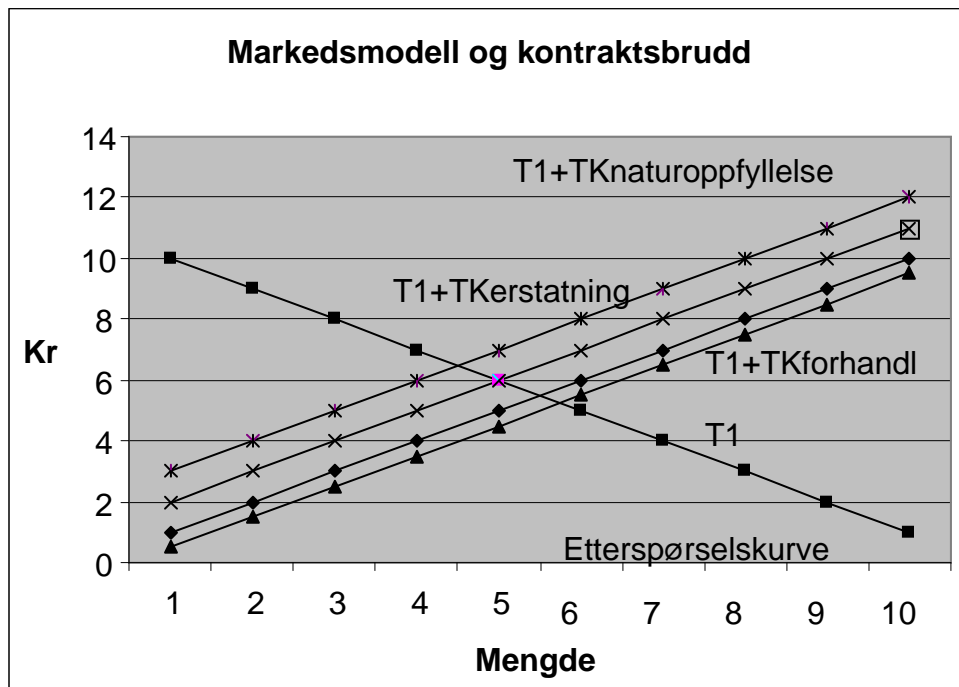
Spørsmålet blir i det følgende derfor for det første hvordan lovgiver har regulert området sett fra et rettsøkonomisk perspektiv og dernest hvordan Høyesterett har utviklet rettstilstanden, også dette sett i et rettsøkonomisk perspektiv.

Vegrer selger seg for å levere, kan kjøper kreve dom for oppfyllelse, jfr kjl. § 23 første ledd, med mindre oppfyllelse vil medføre så stor ulempe eller kostnad for selgeren at det står i et vesentlig misforhold til kjøperens interesser at selgeren oppfyller. Det er altså her et vesentlighetskrav. I utgangspunktet forsvarer lovgiver kjøpers rett til å stå ved avtalen, noe som er viktig for respekten for avtaleinstituttet.

Er vesentlighetskravet ikke oppfylt, betyr det derimot at kjøper ikke kan kreve naturaloppfyllelse. Bestemmelsen sier i dette tilfelle ikke noe om hva partene skal gjøre, men underforstått må det vel enten bety selger kan velge om han vil heve og betale erstatning etter den positive kontraktsinteressen eller at reforhandlinger autoriseres. Kjøpers rådighet til å beholde avtalen uendret er dermed redusert. I forhandlingstilfellet kan kjøper fortsatt gjøre gjeldende at sanksjonen heving og erstatning gjelder. Dette gir kjøper fortsatt en viss rådighet, men nå som en sanksjon mot brudd i forhandlingene. Partene har altså begge et press på å finne en løsning som begge kan leve med. Lovreguleringen tvinger partene til forhandlingsbordet. En stoler på at partene selv best er i stand til å finne en riktig avtale.

I et rettsøkonomisk perspektiv vil partene finne frem til den mest samfunnsøkonomisk effektive løsningen dersom rådigheten legges til den som verdsetter den mest, jfr Hobbess betingede, normative teorem. I dette tilfellet er det vel egentlig kjøper som har mest interesse av at avtalen opprettholdes, slik at rådigheten burde fortsatt bli værende hos ham. Selv om hans rådighet er redusert til en annen sanksjon, dvs rett til heving og erstatning i stedet for rett til naturaloppfyllelse, er rådighetsplasseringen etter loven riktig i et rettsøkonomisk perspektiv.

I figur 10 nedenfor er forholdet fremstilt grafisk i form av transaksjonskostnader i tilbudskurven. Den nederste av tilbudskurvene, T1, viser opprinnelig tilbud. Kurven T + TKnatur representerer tilbudskurven etter krav om naturaloppfyllelse. Kurven T + TKerstatn viser tilbudskurven når selger ønsker å heve og betale erstatning, mens T+TKforhandl representerer tilbudskurven der selger får medhold i oppfyllelsen er uforholdsmessig tyngende. Dersom lovgiver hadde opprettholdt krav om naturaloppfyllelse ubeskåret, ville det ført til et redusert samfunnsøkonomisk effektivitet. Unntaksregelen vil føre til at transaksjonskostnadene går ned og at den samfunnsøkonomiske effektiviteten øker.



Figur 10; Markedsmodell ved kontraktsbrudd

Lovreguleringen på området er derfor i utgangspunktet i tråd med rettsøkonomiske prinsipper. Det gjenstår nå derfor å se på hvordan Høyesterett i praksis har gjennomført lovreguleringen sett fra et rettsøkonomisk perspektiv.

En gjennomgang av rettspraksis gjennom søk i Lovdata i både Høyesterettsdommer og lavere dommer viser at det heller ikke Norge er noen særlig tradisjon for dom på naturaloppfyllelse. Et unntak er vist i ”Båtplassdommen”⁵⁰. Her hadde en grunneier i tidsrommet fra 1920 – 1950 solgt en lang rekke hyttetomter med klausul om rett til båtplass i en bukt på eiendommen. Når grunneieren senere omkring 1960 utbygde en marina i bukta med båtplasser, fikk han ikke medhold i å kreve hytteeierne leie for båtplassene. En kan hevde at hytteeierne gjorde sin rett til naturaloppfyllelse gjeldende og fikk rettens medhold i det. Dette er imidlertid ikke det vanlige resultatet Høyesterett kommer til. Normalt omgjøres et krav om naturaloppfyllelse om til et erstatningskrav av den positive kontraktsinteressen. Selv om det i lovverket og teori gjelder en hovedregel om naturaloppfyllelse, har det i praksis utviklet seg en litt annen regel om erstatning. Ut fra dette kan en si at Høyesteretts prioritering av andre sanksjoner enn naturaloppfyllelse er helt i tråd med rettsøkonomisk tenkning ved senkning av transaksjonskostnadene.

Oppsummeringsmessig kan det sies at skal svært mye til for at Høyesterett skal komme til en dom om naturaloppfyllelse, selv om egentlig lovgiver har lagt opp til naturaloppfyllelse som en vanlig sanksjon. Bare unntaksvis, eksempelvis ved uerstattelige kunstverk, personlige gjenstander med affeksjonsverk, og der andre former for sanksjoner ikke vil kunne gi erstatning, kan det derfor tenkes at Høyesterett vil bruke dette virkemidlet. Selv om Høyesterett kun sjelden har gitt dom for naturaloppfyllelse, betyr ikke det at sanksjonen er unødvendig. Som vist over virker sanksjonen om naturaloppfyllelse som en trussel og gir dermed mulighet gjennomføring av mildere sanksjoner. Risikotillegget for partene kan reduseres. En kan kanskje derfor hevde at Høyesterett har utviklet rettstilstanden i en rettsøkonomisk retning mer enn kanskje lovgiver hadde tenkt seg det.

⁵⁰ Rt 1979 1669

I praksis er det selger som oppfyllellespresset normalt rettes mot. Reglene om naturaloppfyllelse plasserer ansvaret hos selger. Siden selger har best forutsetninger til å redusere eventuelle tap i kontrakten, er derfor risikoplasseringen etter både lovverket og Høyesteretts praksis funnet å stemme med rettsøkonomiske tenkning.

3.3.5 Heving og erstatning

Siden sanksjonen naturaloppfyllelse svært sjelden benyttes av Høyesterett, er det som forventet en omfattende rettspraksis fra Høyesterett innen heving og erstatning ved kontraktsbrudd. Heving og erstatning forutsetter imidlertid at misligholdet er vesentlig. Sanksjonen medfører imidlertid at avtalen brytes, noe som ikke er ønskelig ut fra prinsippet om at avtaler skal holdes, "pacta sunt servata" og som normalt heller ikke er rettsøkonomisk effektivt. Lovgiver har derfor igjen autorisert ett sett av mildere sanksjoner, som prisavslag og retting. Som et ris bak speilet får dermed også reglene om heving og erstatning en lignende funksjon som reglene om naturaloppfyllelse. For å være effektive må derfor reglene om heving og erstatning balansere mellom å være strenge, samtidig som de ikke må være for lempelige, slik at det i praksis ikke blir plass for mildere regler. Som en konsekvens av dette er vilkåret for heving og erstatning vesentlig kontraktsbrudd. Mangelen eller forsinkelsen må altså være vesentlig for heving og erstatning.

Både vilkår og virkning av vesentlighetskravet er av interesse å vurdere nærmere i et rettsøkonomisk perspektiv. En tenker her på hvordan Høyesterett i praksis har definert vesentlig kontraktsbrudd og på hvilket nivå erstatningen er lagt på.

For erstatning ved kontraktsbrudd kreves det som ved deliktansvar (skadeansvar), ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng, adekvans og fastslått økonomisk tap. Hensynene bak er imidlertid forskjellige. Mens det for deliktansvar er særlig prevensjonstanken som er viktig, er det ved kontraktsansvar mer av interesse å skape et oppfyllellespress. Videre kan en forhåndsavtale erstatning ved kontrakter. Også partenes behov for å kunne forutsi sine

forpliktelser taler for at reglene er skarpere og mer klare i kontraktsretten. Når det gjelder ansvarsgrunnlag er Culpa- ansvaret den alminnelige erstatningsregelen også i kontraktsforhold, med mindre et mer spesielt grunnlag kan være aktuelt, eksempelvis kontraktsmedhjelperansvaret. Siden kontrakter ofte inngås mellom profesjonelle parter, er ansvaret strengt praktisert, jfr eksempelvis i "Eiendomsmeglerdommen"⁵¹, der en eiendomsmegler ble holdt ansvarlig for ikke å opplyse om at en eiendomsoverdragelse ville utløse en gevinstbeskatning. Kontrollansvaret er etter manges mening nærmest et objektivt ansvar, dvs en relativ streng praktisering av ansvarsgrunnlaget, jfr kjl. §27 og §40. Det samme er tilfelle ved garantiansvar, selv om garantiansvarets innhold må tolkes nærmere i den enkelte avtale. En kan kanskje hevde at ansvarsgrunnlagets relativt strenge gjennomføring sikrer at erstatning som sanksjon blir en realitet. Partene vil dermed forsøke å oppfylle, noe som jo er rettsøkonomisk riktig. Kontrollansvaret plasserer for øvrig ansvar i prinsippet hos den som med minst kostnader kan hindre skade. På denne måten vil eventuelle risikotillegg ved avtaleinngåelsen reduseres med den følge at den samfunnsøkonomiske effektiviteten vil øke. Rådighetsplasseringen er derfor i henhold til Hobbess betingede, normative teorem om samfunnsøkonomisk effektivitet.

Når det gjelder årsakskravet er det tradisjonelt blitt oppfattet slik at den negative kontraktsinteressen kan kreves ved ugyldige avtaler, mens den positive kontraktsinteressen eller oppfyllelsesinteressen kan kreves oppfylt ved kontraktsbrudd.

Adekvanskravet i kontraktsretten er som i skadeerstatningsretten et påregnelighetskrav, dvs at de tapsposter det kreves erstatning for må stå i et rimelig nær sammenheng med misligholdet, dvs ikke for fjernt, avledet eller upåregnelig, jfr Rt 1983, s. 205. Høyesterett avgjør adekvanskravet i hvert enkelt tilfelle etter en helhetsvurdering. Implisitt ligger det altså en vurderingsmulighet for vesentlighetskravet slik at utmålingen i praksis kan begrense omfanget av erstatningen til visse tapsposter. Eksempelvis kan retten fratrekke

⁵¹ Rt 1988 7

den berikelse en kreditor har hatt ved å ikke gjennomføre kontrakten. Rettsøkonomisk kan en derfor si at adekvanskravet er med på å modifisere ansvarsgrunnlaget med hensyn på å komme frem til et rimelig resultat, særlig i de tilfellene der heving og erstatning kan føles svært strengt.

I ”Splittbambusdommen”⁵², trekker Høyesterett opp noen prinsipielle holdninger ved erstatning i kontraktsforhold. I saken, som var en dissens 3-2 dom, ble en agurkprodusent påført skade ved at støttepinner for agurkplantene smittet plantene. Agurkprodusenten ble tilkjent erstatning på ca. 3,4 mill kroner etter selgers kontrollansvar for mangler, selv om kostnadene ved bambuspinnene bare var på noen tusen kroner. Selv om tapet var stort, ble kravet til årsakssammenheng etter en helhetlig vurdering ansett oppfylt. Dommen bekrefter en utvidelse av begrepet tap til å innbefatte konsekvenser av sidefunksjoner av et produkt. Selger ble erstatningsansvarlig også for tap som skyldtes forhold utenfor den opprinnelige oppstøttende funksjonen som pinnene var tenkt å ha, dvs som følge av tap på grunn av forurensning. Dommen stadfester også betydningen av erstatningen i stedet for naturaloppfyllelse og er med på å skape et oppfyllellespress i fremtidige lignende saker. Hadde dommen kun ført til erstatning av pinnenes verdi, ca. 5000 kroner, ville dette ikke ha sikret et tilstrekkelig oppfyllellespress. Heller ikke hadde en dom på naturaloppfyllelse virket særlig avskrekkende.

En kan se dommen som effektiv i et rettsøkonomisk perspektiv. For det første stadfester den viktigheten av at avtaler skal holdes ved at den er relativt streng. Videre er den fleksibel på den måten at den avgjør erstatningsutmålingen etter en helhetlig vurdering, og som ikke veldig strengt binder senere retter. Blant annet sies det at retten i denne saken ikke finner grunnlag for lempning etter kjl. §70. Dommen plasserer for øvrig risikoen for skaden i tråd med prinsippet om kontrollansvar for selger; selger kan for minst kostnader forhindre skade. Ansvars plasseringen er derfor også rettsøkonomisk riktig.

⁵² Rt 2004 675

3.3.6 Avhjelp, prisavslag og reforhandling, detensjonsrett og misligholdsavtaler

Reglene om avhjelp, prisavslag og reforhandling anses som fleksible sanksjonsformer. Som fleksible instrumenter er også disse sanksjonene avhengig av trusselen om heving og erstatning. Partene vil arbeide under press for å få til en avtale om avhjelp. Reglene er med på å styrke avtaleinstituttet ved sin fleksibilitet, noe som er rettsøkonomisk interessant. Det samme kan kanskje sies om detensjonsretten og misligholdsavtaler. Av plassmessige hensyn drøftes ikke disse forholdene nærmere.

4 KONKLUSJON

En har i denne oppgaven søkt å undersøke hvordan Høyesterett bruker rettsøkonomiske resonnement i sine avgjørelser om kontraktsrett. I tråd med tidligere undersøkelser har en funnet at det er svært sjelden at Høyesterett eksplisitt uttrykker at samfunnsøkonomiske vurderinger har spilt en direkte rolle i avgjørelsene. Derimot bygger Høyesterett på fundamentale kontraktsrettslige prinsipper som i praksis fører til at Høyesterett som regel kommer ut med resultater i tråd med samfunnsøkonomisk tenkning.

Private aktører handler som oftest ut fra bedriftsøkonomiske hensyn. Høyesteretts avgjørelser har tradisjonelt hatt en tendens til å gå i favør av avtalepartenes ønsker. Det har kanskje ikke alltid ført til det samfunnsøkonomisk mest effektive resultatet. Tidligere vurdering og også vurderinger i denne oppgaven har forøvrig vist at samfunnsøkonomisk effektivitet i løsninger av tvister mellom parter ikke alltid er enkel å angi. Ofte er det slik at samfunnsøkonomisk effektivitet er uavhengig av hvilken av partene som får medhold, enten er løsningen effektiv for begge parter eller så er den ineffektiv for begge parter. Dersom målet er å finne den best mulig løsning i hvert tilfelle, blir det da viktigere å finne en løsning som både er til beste for begge parter samtidig som løsningen av tvisten er samfunnsøkonomisk lønnsom.

Ønskes en bedre forståelse og nyansering av rettslig reguleringer med hensyn på samfunnsøkonomisk effektivitet innen kontraktsretten, anbefales det derfor at lovgiver involverer rettsøkonomi som fag ved fremtidige revideringer av lovgrunnlaget innen kontraktsretten.

5 LITTERATURLISTE

5.1 Litteratur, lærebøker og artikler

Eide, Erling og Stavang, Endre *Rettsøkonomi I*, Oslo 2005

Eide, Erling, *Retting eller omlevering – hva er mest forbrukervennlig?* i Lov og Rett vol. 46 nr. 5, s 283-300

Hagstrøm, Viggo i samarbeid med Aarbakke, Magnus *Obligasjonsrett*, 3. Oppl. Oslo 2004

Hov, Jo *Avtaleslutning og ugyldighet, Kontraktsrett I*, 3. utg. 2002

Krüger, Kai *Norsk Kjøpsrett*, 3. utg. 1997

Lando, Henrik og Rose, Caspar, *On the enforcement of specific performance in Civil Law Countries*, I International Review of Law and Economics, 24, 2004 s. 473-487

Wilhelmsen, Trine Lise *Avtalelovens § 36 og økonomisk effektivitet*, i Tidsskrift for Rettsvitenskap nr. 1/1995

5.2 Lover og forarbeider

NOU

NOU 1979; 32 Formuesrettslig lempningsregel

Ot. prp.

Ot. prp. nr 63 (1917) Avslutning av avtaler, om fuldmakt og om ugyldige viljeserklæringer

Ot. prp. nr 5 (1982-1983) Avtaleloven 31 mai 1918 nr 4 med mer (generell formuesrettslig lempningsregel)

Ot.prp. nr 80(1986-1987) A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjon om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11 april 1980

Lover

- | | |
|------|--|
| 1918 | Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31 mai nr. 4. 1918 |
| 1988 | Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13 mai. Nr. 27. 1988 |
| 1997 | Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m.(bustadoppføringslova). |
| 2002 | Lov om forbrukerkjøp(forbrukerkjøpsloven) av 21 juni. Nr.34 2002 |

5.3 Domsregister

- Rt 1933 207
- Rt 1932 835
- Rt 1948 735
- Rt 1951 829
- Rt 1958 529
- Rt 1966 476
- Rt 1979 1669
- Rt 1985 19
- Rt 1987 1205
- Rt 1988 7
- Rt 1988 276
- Rt 1988 295
- Rt 1992 138
- Rt 1994 38
- Rt 1997 90
- Rt 1999 922

Rt 2000 806
Rt 2001 369
Rt 2002 940
Rt 2003 486
Rt 2004 675
Rt 2005 545
Rt 2005 788
Rt 2006 179
Rt 2007 s 392
Rt 2007 817
Rt 2007 s 1274

